**TC 2.008/2007**

**2º Julgado - 3.118ª Sessão Ordinária**
**RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que conheceu a representação e julgou procedentes as alegações quanto às regras do edital. Concessão de área para exploração de gás bioquímico. Aterro Sanitário. SVMA. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.**

**1º Julgado - 2.737ª Sessão Ordinária**
**REPRESENTAÇÃO. CONTRATO. SVMA. Concessão de área para exploração de gás bioquímico. Aterro Sanitário. Obrigatoriedade de constituição de sociedade, de submissão de qualquer alteração contratual, proibição de assumir obrigações além do termo final do contrato, dever de manter a condições do edital. Regras do edital não mantidas. CONHECIDA. PROCEDENTE. Votação unânime.**
**Legislação citada:** Arts. 55, XIII, 78, XI e 175, Lei 8.666/93. Arts. 20 e 27, Lei 8.987/95. Lei 11.079/04.

**2º Julgado**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro MAURICIO FARIA – Revisor, após vista que fora concedida ao Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO – Revisor à época, na 3.039ª S.O., ocasião em que o Doutor Guilherme Amorim Campos da Silva, representante da Biogás Energia – Consórcio Bio-Rio, proferiu sustentação oral, nos termos do artigo 164 do Regimento Interno desta Corte. Ainda, naquela sessão, votou o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Relator.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator, nos termos de seu relatório e voto, MAURÍCIO FARIA – Revisor, com voto proferido em separado, ROBERTO BRAGUIM e EDSON SIMÕES, em conhecer dos recursos, uma vez que foram atendidos os requisitos previstos no Regimento Interno desta Corte.

**ACORDAM**, à unanimidade, no mérito, em negar-lhes provimento, porquanto, consoante evidenciado na instrução dos autos, não foram deduzidos fatos novos capazes de alterar o quanto julgado pelo Pleno desta Corte de Contas, pelo que deverá o Acórdão ser mantido por seus próprios e jurídicos

fundamentos.

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

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 18 de novembro de 2020.

JOÃO ANTONIO
Presidente

DOMINGOS DISSEI
Relator

MAURICIO FARIA
Revisor

**RELATÓRIO E VOTO do Conselheiro Domingos Dissei - Relator**
**(Juntado aos autos na 3.039ª S.O. – Certidão)**

**VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria – Revisor**

**CONHEÇO DOS RECURSOS**, visto que preenchidos os requisitos regimentais. No mérito, na esteira do entendimento dos Órgãos Técnicos e do Conselheiro Relator, não foram apresentados elementos novos de fato ou de direito que possuíssem o condão de alterar o julgado. Isto posto, **NEGO PROVIMENTO AOS RECURSOS**.

**1º Julgado**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro DOMINGOS DISSEI, após vista que lhe fora concedida na 2.719ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, EURÍPEDES SALES – Revisor e MAURÍCIO FARIA.

**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 da representação, por presentes os pressupostos de admissibilidade.

**ACORDAM**, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, em julgá-la procedente, uma vez que a empresa concessionária, em síntese, descumpriu as seguintes determinações editalícias e contratuais:

a) a obrigatoriedade de constituição, para execução integral do contrato, de sociedade de propósito específico, voltada restrita e exclusivamente ao objeto da concessão;

b) a obrigatoriedade de submissão de qualquer alteração no contrato social à prévia aprovação da Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente;

c) a proibição de assumir obrigações que excedessem o termo final do contrato;

d) o dever de manter, até o final do contrato, todas as condições de habilitação, qualificação e segurança exigidas no edital.

**ACORDAM**, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de ofício aos representantes e à representada, dando cumprimento ao artigo 58 do Regimento Interno desta Corte.

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

Presente à sessão, nesta data, o Conselheiro JOÃO ANTONIO, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi proferido pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor, na 2.719ª S.O.

Ausentou-se o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, por motivo previamente justificado.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de abril de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

**RELATÓRIO**

O presente TC versa sobre Representação interposta pelo Consórcio Bio-Rio, em face de alegadas irregularidades no cumprimento do Contrato nº 018/SVMA/2000, celebrado entre a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente – SVMA e Biogás Energia Ambiental S.A., originário da Concorrência nº 05/SVMA/97, tendo por objeto a concessão de área do Aterro Sanitário Bandeirantes, para exploração do gás bioquímico nele gerado, Certame no qual sagrou-se vencedor o Consórcio Energás.

Argumentou a Representante que, consoante exigência contida no Item 11.1.1 do instrumento convocatório, a vencedora da Licitação deveria, obrigatoriamente, constituir empresa com finalidade específica, vale dizer, restrita, exclusivamente, ao objeto da concessão.

Ademais, conforme previsão do item 11.1.9, a concessionária ficaria impedida de contrair empréstimos ou obrigações cujos prazos de amortização ultrapassassem o termo final do contrato de concessão, lavrado por 15 (quinze) anos.

Para atender à exigência editalícia por primeiro referida, foi constituída, em 27/10/00, a Biogás Energia Ambiental S.A., formada pelas empresas Heleno Fonseca Construtécnica S.A e Logos Participações S.A., com o propósito específico vinculado à execução dos serviços estabelecidos no Edital de Licitação, notadamente: geração de energia elétrica na exploração de gás bioquímico obtido na área do Aterro Bandeirantes ; desenvolvimento de atividades e prestação de serviços relativos ao cumprimento do contrato; comercialização de energia elétrica; utilização do gás bioquímico, buscando melhor aproveitamento técnico e econômico e comercialização de títulos advindos de benefícios ambientais. Seu prazo de duração seria determinado, vinculado ao integral cumprimento das obrigações contratuais assumidas.

Alegou a Representante, todavia, que sem embargo das disposições editalícias e estatutárias, a Representada acorreu à licitação instaurada na Cidade do Rio de Janeiro, pela Companhia Municipal de Limpeza Urbana – COMLURB, cujo objeto é a outorga, por 15 (quinze) anos, da concessão dos serviços de aproveitamento do biogás do Aterro Municipal de Gramacho.

Referida Concorrência, além da Representante – constituída pelas empresas Vega Engenharia Ambiental S.A. e Caenge S.A Construção, Administração e Engenharia – teve a participação do Consórcio Novo Gramacho – formado pelas empresas J. Malucelli, S.A Paulista e Biogás Energia Ambiental S.A.-, declarado vencedor do certame, o que levou a ora Representante a

interpor recurso administrativo, vez que a Biogás, sociedade de propósito específico, estaria impedida de participar do referido Certame Licitatório.

Informou que, em razão do improvimento do seu apelo, o Consórcio Bio-Rio interpôs Mandado de Segurança contra a habilitação da concorrente, tendo obtido, em sede de Agravo de Instrumento, medida liminar perante a 12ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, para impedir, até decisão em contrário do órgão, o início da execução do contrato (Agravo de instrumento nº 2007.002.05214).

Sustentou, ademais, que a Biogás alterou o objeto da sociedade, retirando-lhe o caráter de sociedade de propósito específico e exclusivo, vinculado ao Contrato nº 018/SVMA/00, tornando-a destinada à exploração de gás bioquímico para fins diversos, à comercialização de energia elétrica e de gás bioquímico ou produtos derivados e de quaisquer títulos advindos de benefícios ambientais, permitida a sua participação em outras sociedades de objeto correlato. Tal modificação, sob a ótica da Representante, é nula, vez que não tem o condão de retirar da empresa a vinculação ao Ajuste celebrado com a Municipalidade de São Paulo. Ademais, não houve alteração do dispositivo estatutário relativo ao prazo de duração da sociedade, vinculado ao integral cumprimento do Contrato.

Tal conduta constitui, a seu ver, descumprimento às regras do Edital de Concorrência nº 05/SVMA/97, da qual decorreu o Contrato nº 18/SVMA/00 e ao próprio Ajuste (Cláusula V, item 5.1, alínea “k”), que previa a obrigação da concessionária de manter, durante todo o Contrato, as condições de habilitação, qualificação e segurança exigidas no instrumento convocatório.

Ademais, entendeu que a concedente deveria aplicar multa à concessionária pelas infrações praticadas, consoante previsto no subitem 8.1, “b”, da Cláusula VIII, sujeitando-se esta também à rescisão contratual, nos termos do subitem 10.2, “b” e “c”, da Cláusula X, por inadimplemento da avença. O rompimento, de outro lado, também encontraria embasamento nas disposições do artigo 78, XI, da Lei Federal nº 8.666/93, constituindo hipótese de rescisão unilateral.

Asseverou, ainda, que o subitem 11.1.9 do Contrato proibia a concessionária de contrair novas obrigações com prazos superiores ao termo final da concessão, cláusula que seria violada caso a Biogás firmasse novo ajuste com a COMLURB, a par de eventual insucesso no Rio de Janeiro afetar diretamente a capacidade financeira da concessionária.

Requereu, ao final, que este Tribunal apure as irregularidades praticadas no âmbito do Contrato guerreado.

Sobrevieram aos autos inúmeros documentos, relativos, dentre outros, às concorrências realizadas no Rio de Janeiro e em São Paulo para exploração do biogás, às licitantes envolvidas – Representante e Representada -, à

constituição e à alteração do Estatuto Social da Biogás, à liminar concedida ao Consórcio Bio-Rio em sede de Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança, impetrado após indeferimento de recurso administrativo interposto pelo Consórcio citado.

Constam, também, manifestações relativas às transferências do Contrato nº 20/SVMA/00, da Qualix Serviços Ambientais Ltda. para a São João Energia Ambiental S.A. e do controle acionário da Qualix para a Biogás, que serão objeto de análise no âmbito dos TCs que examinam os ajustes firmados para a exploração do biogás, vez que no presente TC examina-se apenas a Representação, interposta em face do Contrato n.º 18/SVMA/00.

Pronunciando-se sobre esta, a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente fez juntar documentos, informando que concedera prazo à Biogás para apresentação de defesa prévia e, posteriormente, relatou que encaminhara a matéria à apreciação do Senhor Prefeito, vez que a Pasta anulara as transferências relativas ao Contrato nº 20/SVMA/00, da Qualix para a Biogás, e das ações da Qualix no capital social da São João, autorizadas anteriormente pelo então Secretário, sendo que, dessa decisão, houve Recurso hierárquico ao Chefe do Executivo, provido por este, restabelecendo-se a concessão relativa ao Aterro São João.

Entendeu a Secretaria que a matéria versada na Representação, apesar de referir-se ao Contrato n.º 018/SVMA/00, guarda estreita relação com a contida no Contrato antes referido, motivo pelo qual concluiu que eventual decisão sobre o pedido da Bio-Rio nestes autos se insere no âmbito de competência do Chefe do Executivo.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo informou, quanto ao mérito, que é competência do Prefeito decidir pela rescisão ou não do Contrato de Concessão nº 18/SVMA/00, a partir de irregularidades constatadas, ressaltando, porém, que os fatos narrados na inicial poderiam acarretar a mera aplicação de penalidades à concessionária.

A Secretaria encaminhou cópia da defesa da Biogás, informando que se sagrou vencedora da Concorrência promovida pela COMLURB para exploração do Aterro Novo Gramacho e que foi rejeitado o Agravo de Instrumento mencionado pela Representante, com a consequente cassação da liminar antes concedida.

Ao impugnar a Representação, a Biogás alegou que a Representante já se utilizara dos argumentos constantes da peça exordial em outras oportunidades, realçando, a propósito, o êxito do empreendimento que, inclusive, propiciou a venda dos créditos de carbono obtidos na operação do Aterro Sanitário Bandeirantes, gerando receitas para o Município; afirmou, ademais, que existe total independência entre as concessões de São Paulo e do Rio de Janeiro, cada qual objeto de um contrato individualizado e autônomo, sendo três as

concessionárias - pessoas jurídicas distintas -, quais sejam, Biogás, São João e Novo Gramacho; alegou, também, que a ampliação do objeto social se fez necessária em razão do desenvolvimento dos seus negócios na área; argumentou que a sociedade de propósito específico não é forma societária descrita no ordenamento jurídico pátrio, mas pode ser constituída sob qualquer forma admitida na legislação; afirmou que as transferências – da concessão e do controle acionário – foram regularmente autorizadas pelo então Secretário do Verde e Meio Ambiente, vez que todas as alterações atendiam ao interesse público.

Foi anexada aos autos cópia de despacho do Secretário, indeferindo a Representação formulada pela Bio-Rio, em razão de o Senhor Prefeito ter reformado a decisão anterior da Pasta, o que a impediria de analisar a matéria em questão no seu âmbito de atuação (Diário Oficial da Cidade de 21/09/07).

Em resposta a ofício deste Tribunal, a Biogás novamente justificou as modificações insertas no seu Estatuto Social, reafirmando que cumpria rigorosamente as cláusulas contratuais pactuadas e que o sucesso do empreendimento foi comprovado pela venda dos créditos de carbono obtidos na operação do Aterro Bandeirantes, sendo que a alteração do contrato social – que se insere no âmbito de decisão dos acionistas – ocorreu somente após o referido Aterro se encontrar em plena operação; no mais, repetiu os argumentos já aduzidos perante a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente ao impugnar a Representação da Bio-Rio.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, além de apontar falhas nas representações processuais da Bio-Rio e da Biogás, entendeu que o exame do TC permite inferir que a concessionária consultou a autoridade competente acerca da alteração estatutária, tendo obtido a autorização do Titular da Pasta, posteriormente anulada e, a seguir restabelecida pelo Prefeito, não constando dos autos, porém, detalhes sobre como se deu a anuência, o que impede a análise mais aprofundada dos fatos.

Consignou, ainda, que o Edital previa a possibilidade de mudanças no Estatuto Social da concessionária, desde que mediante autorização prévia do poder concedente, porém ressaltou que as informações constantes do presente não são suficientes para análise de parte do mérito da Representação.

Determinei, a seguir, a intimação das partes para regularização das representações processuais, devendo a Biogás juntar cópia do Contrato do Consórcio Novo Gramacho com a COMLURB e o Senhor Secretário encaminhar ao Tribunal as manifestações constantes do P.A. que cuidou da matéria.

Regularizadas formalmente as representações, foram acostados aos autos os documentos de fls. 427/747, todos, entretanto, referentes ao Contrato nº 20/SVMA/00, que não é objeto do presente.

A Assessoria Jurídica, em nova intervenção, destacou que a controvérsia existente nos autos diz respeito à suposta infração contratual decorrente da alteração do Estatuto Social da concessionária (item 11.1.1 do Edital) e à assunção de compromissos por prazo superior ao termo final da Concessão (item 11.1.9).

Salientou que a modificação estatutária que retirou da concessionária o caráter de sociedade de propósito específico decorreu da decisão que permitiu a transferência da concessão do Aterro São João da Qualix para a São João e, por consequência, tal decisão assentiu implicitamente com a mudança do Estatuto Social, até porque a Biogás integrava o quadro societário da São João, podendo, assim, ser considerada referendada pelo Chefe do Executivo a cessão mencionada.

Consignou, todavia, que eventuais alterações em cláusulas contratuais, desde que permitidas no instrumento convocatório respectivo, devem atender sempre ao interesse público e respeitar todas as normas e princípios de Direito Administrativo.

Ressaltou, ainda, que o artigo 27 da Lei Federal nº 8.987/95, que permite a transferência de concessão ou de controle acionário de concessionária, desde que observados os requisitos nele estabelecidos, tem tido a sua constitucionalidade amplamente discutida, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal, que ainda não se pronunciou de forma definitiva sobre a matéria.

Realçou, por outro lado, que a lei que regulamenta as Parcerias Público Privadas – Lei Federal nº 11.079/04 – também admite a transferência do controle da sociedade de propósito específico para perfeita execução do objeto contratual, todavia, exige que tal ato seja precedido de anuência da Administração, devidamente justificada em ato administrativo perfeito, válido e eficaz.

Reafirmou que, no caso concreto, não houve prévia concordância do Poder Público para a exclusão do caráter de sociedade de propósito específico, exigido da concessionária em cláusula editalícia, incorrendo esta, em consequência, na prática de infração contratual.

Entendeu, porém, que a impropriedade não acarretaria a rescisão contratual, admissível, nos termos do dispositivo legal citado, apenas nas hipóteses de transferência da concessão ou do controle societário da concessionária sem autorização do poder concedente, não sendo este o caso dos autos.

Considerou, entretanto, que a falta de anuência prévia para a alteração estatutária procedida constitui vício formal, cabendo à Pasta concedente aferir se houve ou não a prática de infração contratual no que tange ao

impedimento de a concessionária contrair empréstimos e obrigações cujos prazos de amortização excedam o termo final do Contrato.

A Secretaria, acionada, informou que a Qualix Serviços Ambientais Ltda. e a Biogás Energia Ambiental S.A. requereram autorização e a obtiveram – para as transferências da concessão e do controle acionário mencionadas nestes autos, atos que pressupõem a alteração do Estatuto Social da Biogás.

A Assessoria Jurídica, em nova intervenção, reafirmou que a modificação estatutária realmente precedeu a autorização para a transferência do contrato de concessão, vez que, na oportunidade, a Biogás já participava do quadro societário da São João Energia Ambiental S.A., em flagrante contrariedade à condição de sociedade de propósito específico, exigida para a concessão do Aterro Bandeirantes, não constando, porém, permissão para a alteração do seu Estatuto Social.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, de seu turno, valendo-se de parte dos argumentos aduzidos pela Assessoria Jurídica, afirmou ser legítima a modificação estatutária, vez que se tratava de hipótese prevista no Edital; ponderou que a decisão que permitiu a transferência da concessão implica a anuência com a mudança do Estatuto Social; por fim, argumentou que a matéria era de pleno conhecimento da Administração, sendo a transferência da cessão referendada pelo Chefe do Executivo.

Em remate, opinou pelo improvimento da Representação, tendo em vista os relevantes benefícios sociais, ambientais e econômicos derivados do Ajuste.

A Secretaria Geral trilhou caminho diverso, entendendo que, em matéria de contratos, a regra é a de que as cláusulas pactuadas devem ser mantidas em sua íntegra, sendo as alterações exceções à regra.

Considerou que, na espécie, “a modificação na situação jurídica da empresa atendeu exclusivamente aos interesses da concessionária em expandir sua atividade negocial.”

Consignou ainda que, no regime jurídico das concessões, embora o Estado transfira ao particular a execução do empreendimento e os riscos a ela inerentes, cabe ao próprio Poder Público viabilizar tal empreendimento, editando normas a serem respeitadas pelo concessionário, visando, exatamente, à redução do grau de risco para a consecução do objeto contratual.

Ressaltou, ainda, que as concessões devem ser precedidas de licitação, o que exige a observância aos princípios reguladores desse certame, insertos na Constituição da República, em especial no artigo 175 e na Lei

Federal nº 8.666/93, quais sejam: o da legalidade, da isonomia, da moralidade e da vinculação ao Edital.

Prosseguiu, afirmando que as determinações das cláusulas editalícias 11.1.1 e 11.1.9 foram desrespeitadas na espécie, depreendendo-se do exposto que empresas que, à época da Licitação, não puderam constituir-se como sociedade de propósito específico (item 11.1.1) e nem vincular seu prazo de duração ao cumprimento integral do objeto contratual (item 11.1.9) podem ter sido alijadas do Certame, por não preencherem as exigências editalícias.

Ponderou, também, que não se aplica ao caso o instituto da convalidação dos atos jurídicos, vez que esta pressupõe a existência de um ato válido e não contrário à lei, como ocorreu no presente.

Alegando que a observância da forma prescrita – criação de empresa de propósito específico, vinculada apenas à execução do contrato em pauta – é imprescindível para a regularidade da concessão e de sua execução, concluiu que a retirada dessa característica própria poderia, inclusive, caracterizar burla ao Procedimento Licitatório, a par de constituir infringência contratual de natureza grave.

Considerou, pois, descumpridas as determinações a seguir: **a)** obrigatoriedade de constituição de empresa de propósito específico, restrita à execução do objeto do contrato; **b)** obrigatoriedade de submissão de qualquer alteração no ajuste à prévia aprovação da Secretaria do Verde e do Meio Ambiente; **c)** proibição de contrair obrigações por prazo que exceda o termo final do contrato de concessão; **d)** dever de manter, durante o prazo de vigência do contrato, todas as condições de habilitação, qualificação e segurança constantes do Edital.

Em remate, pugnou pelo conhecimento da Representação e, quanto ao mérito, pela sua procedência, em razão das irregularidades constatadas.

É o relatório. (2.698ª S.O.)

**VOTO**

Conheço, por presentes os pressupostos de admissibilidade, da Representação deduzida pelo Consórcio Bio-Rio, em face de alegadas irregularidades no cumprimento do Contrato n.º 018/SVMA/00, celebrado entre a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente – SVMA e Biogás Energia Ambiental S.A, cujo objeto é a concessão de área do Aterro Sanitário Bandeirantes, para exploração do gás bioquímico (GBQ) nele gerado, visando à produção e comercialização de energia elétrica e outras utilidades.

De se ressaltar, por primeiro, que o Edital de Concorrência n.º 05/SVMA/97, que deu origem ao Ajuste ora contestado, previa, no Item 11, subitens 11.1.1, 11.1.5, 11.1.8 e 11.1.9, que a empresa vencedora da Licitação, antes da assinatura do Contrato de Concessão, deveria constituir empresa com a finalidade específica do objeto licitado, restrito ao referido objeto (11.1.1); que a vencedora deveria submeter à prévia aprovação da Secretaria, a minuta dos atos constitutivos da nova sociedade e de quaisquer alterações posteriores (11.1.5); que a SVMA deveria aprovar, previamente, quaisquer processos de fusão, associação, incorporação ou cisão pretendidos pela concessionária, desde que mantidas as condições de controle previstas no instrumento convocatório (11.1.8); que o estatuto ou contrato social da concessionária deveria prever que esta ficaria impedida de contrair empréstimos ou obrigações cujos prazos de amortização excedessem o termo final da concessão (11.1.9).

Destarte, constituída, como o foi, a sociedade de propósito específico denominada Biogás Energia Ambiental S.A, lavrou-se o Contrato n.º 018/SVMA/00.

Segundo o disposto no artigo 2º do Estatuto da sociedade, vigente à época, “esta tem por objeto o propósito específico, vinculado à execução dos serviços descritos no Edital de Licitação n.º 005/SVMA/97, da Prefeitura do Município de São Paulo....”, compreendendo a geração de energia elétrica na exploração do biogás, o desenvolvimento de todas as atividades necessárias ao cumprimento do contrato, a comercialização de energia elétrica, a utilização do gás bioquímico buscando alternativas energéticas e a comercialização de quaisquer outros títulos advindos de benefícios ambientais.

Nos termos do artigo 4º, a sociedade teria prazo de duração determinado, vinculado ao integral cumprimento das obrigações assumidas nos termos do Edital, perdurando até o encerramento dessas obrigações.

Deste modo, à época da assinatura do Ajuste, a nova sociedade, constituída para esse fim, atendia perfeitamente às condições editalícias.

Sobre as sociedades de propósito específico, são elas mencionadas expressamente na Lei Federal n.º 11.079/04, que instituiu o Regime das Parcerias Público-Privadas (PPPs); todavia, a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente já utilizara o Instituto, como fez no Edital em pauta, exigindo a constituição de empresa dessa natureza como requisito para assinatura do respectivo Contrato de Concessão.

O embasamento legal para essa exigência editalícia encontra-se no artigo 20 da Lei Federal n.º 8.987/95 – Lei das Concessões e Permissões de Serviço Público – que faculta “ao poder concedente, desde que previsto no Edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o

licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato".

Esse dispositivo, embora não a mencione expressamente com tal denominação, refere-se à forma embrionária da sociedade de propósito específico, hoje largamente utilizada em matéria de concessões e parcerias entre o Poder Público e o particular.

Em se tratando desse tipo de sociedade, mencionada na Lei das Concessões, não se admite, porém, como nas PPPs, que o Estado dela participe na condição de sócio, apesar de o objeto se constituir na prestação de um serviço público. Por isso mesmo – natureza dos serviços – a execução do contrato não deve ser atingida por outras atividades a que a empresa se dedique. Seu objeto social é exclusivo, é restrito à execução do contrato com o Poder Público.

Na espécie, é importante frisar que a Biogás foi constituída em 2000, para exploração de gás bioquímico no Aterro Sanitário Bandeirantes, ou seja, repito, com o propósito específico vinculado à execução do Contrato n.º 018/SVMA/00, originário da Concorrência n.º 05/SVMA/97.

Todavia, em 2004, a sociedade alterou e ampliou o seu objeto social, no intuito de passar a integrar também a São João Energia Ambiental S.A, que substituiria a Qualix S.A Serviços Ambientais na exploração do gás bioquímico no Aterro Sanitário São João, tornando-se, assim, concessionária também desse Aterro.

Assim, a Biogás despojou-se do seu caráter de sociedade de propósito específico, para contar com um objeto social mais amplo, embora também vinculado à exploração de gás bioquímico.

Por essa modificação, o artigo 2º do Estatuto Social recebeu nova redação, de forma que a sociedade passou a ter por objeto a exploração do gás bioquímico para fins diversos, a geração e comercialização de energia elétrica, a comercialização de gás bioquímico e de produtos derivados, a comercialização de títulos advindos de benefícios ambientais e a participação em outras sociedades que tenham objeto correlato ao da companhia.

Depreende-se, do exposto, que a vinculação da sociedade ao Contrato já referido desapareceu, passando seu objeto a ter um caráter mais genérico e amplo.

Em data posterior, agora no exercício de 2006, com seu novo Estatuto Social aprovado e já integrante da São João Energia Ambiental S.A., a Biogás participou de Licitação realizada no Rio de Janeiro, pela Companhia Municipal de Limpeza Urbana – COMLURB – Concorrência n.º 08/2006 – cujo objeto era a outorga de concessão dos serviços de aproveitamento do biogás no

Aterro Municipal de Gramacho, pelo prazo de 15 (quinze) anos, da qual foi declarada vencedora.

De ser salientado, entretanto, que não foi alterado o prazo de vigência da sociedade, previsto no artigo 4º de seu Estatuto Social, de tal sorte que o prazo da concessão da COMLURB extrapolará o fixado estatutariamente como o de duração da empresa.

Frise-se, a este passo que, para participar dessa licitação, foi constituído o Consórcio Novo Gramacho, integrado pelas empresas Biogás Energia Ambiental S.A., J. Malucelli Construtura de Obras S.A e S.A Paulista de Construções e Comércio, cabendo à primeira exercer a coordenação e a representação do Consórcio perante a COMLURB.

Pois bem, desta simples exposição dos fatos ocorridos infere-se que a Biogás, em flagrante desrespeito à cláusula editalícia que exigia fosse a concessionária uma sociedade de propósito específico - vinculada ao Ajuste assinado –, despiu-se desse caráter, passando a constituir uma empresa dedicada à exploração do gás bioquímico, de maneira genérica.

Demais disso, afrontou também a cláusula editalícia que estabelecia dever a concessionária manter, durante toda a execução do Contrato, todas as condições de habilitação, qualificação e segurança exigidas no Edital (Item 14.1.”l”).

Referida exigência, ademais, constitui obrigação de qualquer particular contratado por via de procedimento licitatório, a teor do disposto no artigo 55, inciso XIII, da Lei Federal n.º 8.666/93.

Sobre o tema, assim se pronuncia Marçal Justen Filho, reafirmando a necessidade de manutenção, durante a execução do contrato, das condições de habilitação exigidas:

“Se o particular, no curso da execução do contrato, deixar de preencher exigências formuladas, o contrato deverá ser rescindido”. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 8ª edição, pág. 511).

Não procede, sobre o tema controverso, a alegação da Representada de que a Prefeitura “admitiu e reconheceu a alteração empreendida no objeto social da Biogás”, ao permitir que o Aterro São João passasse a ser explorado por outra concessionária, vez que, para tanto, a concessionária do Aterro Bandeirantes deveria abdicar de seu caráter 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.

De outra banda, embora se reconheça que a sociedade de propósito específico não constitui forma societária presente no ordenamento jurídico pátrio, podendo assumir qualquer forma de organização prevista em lei, o fato é que, por exigência editalícia, deveria a vencedora da Licitação constituir uma sociedade dessa natureza, para assinar o Ajuste e executar o seu objeto de forma exclusiva, devendo assim permanecer até o termo final do Contrato.

Não aproveita à Representada, ademais, a alegação de que a alteração do Estatuto Social contou com a aprovação da Assembleia Geral da Empresa, de 30/04/04, vez que a par de o poder concedente não ter anuído previamente com a mudança, consoante prescrevia o item 11.1.5, o ato praticado afrontou as disposições editalícias, sendo portanto, ilegal.

Igualmente, houve infringência ao item 11.1.9 do instrumento convocatório, eis que este vedava ao concessionário contrair empréstimos ou obrigações com prazos de amortização que excedessem o termo final do Contrato, o que impediria a Biogás de firmar Ajuste com a COMLURB, segundo os termos do Edital referente ao Aterro de Gramacho, no Rio de Janeiro.

Na verdade, em matéria de contratos administrativos, posiciono-me, como a Secretaria Geral, no sentido de que a regra é que as cláusulas do ajuste devem ser mantidas em sua íntegra, sendo a alteração exceção a essa regra.

Ademais, o que se depreende dos autos é que a modificação na situação jurídica da empresa atendeu exclusivamente aos interesses da concessionária em expandir sua atividade negocial, não havendo qualquer comprovação de que as alterações buscassem resguardar o interesse público.

Sob outro prisma, vale dizer que, quando o Estado presta os serviços públicos sob regime de concessão ou permissão, ou seja, indiretamente, transfere ao particular a sua execução, com os riscos a ela inerentes, porém permanece como titular desses serviços, assumindo os riscos pela viabilidade do empreendimento.

Entretanto, para reduzir o grau desses riscos a que está submetido, cria normas que devem ser observadas pelos concessionários, tais como a autorização para formação de consórcios, a delimitação da participação de empresas consorciadas, dentre outras.

Regras dessa natureza constaram do Edital de Concorrência n.º 05/SVMA/97, merecendo destaque as constantes dos dispositivos editalícios já mencionados, relativos à constituição de sociedade de propósito específico, desrespeitadas na execução do Contrato n.º 18/SVMA/00.

Demais disso, a concessão deve sempre ser precedida de Procedimento Licitatório, observados os princípios insertos na Constituição Federal, em especial no artigo 175 e na Lei Federal n.º 8.666/93, quais sejam: os princípios da legalidade, da isonomia, da moralidade e da vinculação ao Edital.

Não aproveita à concessionária a alegação de que a cessão do Contrato n.º 20/SVMA/00 à São João Ambiental S.A, autorizada pelo Chefe do Executivo, representaria a anuência prévia deste para a modificação do objeto social da concessionária, dispensando-a dessa formalidade necessária.

Destarte, resta comprovado o desrespeito às cláusulas mencionadas, pois, ainda que prevista a possibilidade de alteração do Estatuto Social da concessionária - que constitui hipótese excepcional- esta estava sujeita à prévia e expressa autorização do poder concedente, acompanhada de justificativa suficiente.

Nessa senda, as imposições contratuais e editalícias têm por escopo resguardar o Poder Público dos riscos advindos de eventual inadimplência contratual, ao mesmo tempo em que buscam proteger o interesse público envolvido, “in casu”, a exploração do Aterro Sanitário para produção do gás bioquímico.

Na verdade, tais exigências são específicas e correspondem à natureza dos serviços licitados, impostas a todos os licitantes, de tal sorte que o seu não atendimento pode acarretar o afastamento do Certame de interessados que, à época, não teriam condições de preencher os requisitos exigidos. Entre tais exigências situam-se a de constituição de sociedade de propósito específico e a relativa ao prazo de duração da sociedade, vinculado ao cumprimento do Contrato.

A alteração dessas condições impostas no Edital, no decurso do Contrato, representa burla ao próprio Procedimento Licitatório, eis que como apontado podem ter afastado empresas interessadas no Certame, as quais, à época, não detinham condições de atendê-las, para posteriormente serem dispensadas, em afronta aos princípios que regem a licitação.

De outro lado, não há que se falar em convalidação dos atos jurídicos praticados, vez que esta pressupõe a existência de um ato válido, não contrário à lei. Na espécie, a empresa constituída com propósito específico, consoante requisito constante do Edital, não poderia modificar seu Estatuto para atender mais de um Contrato de Concessão por seu exclusivo interesse, infringindo disposições do Edital e do Contrato.

Peço vênia para reproduzir, por oportuno, lição de Weida Zancaner, trazida à colação pela Secretaria Geral, e assim redigida:

"Assim, todas às vezes em que a Administração Pública convalidar um ato, dos que se encadeiam no procedimento, deverá fazê-lo. Fica-lhe, todavia, vedado convalidar qualquer ato, no decorrer ou após o procedimento, se a convalidação gerar desvirtuamento da finalidade, em razão da qual o procedimento foi instaurado." (Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos, 2ª edição, pág. 68).

Também não pode ser albergada, em seara jurídica, a alegação de que houve autorização tácita do poder concedente para a prática dos atos em exame, posto que, ainda que se considere constitucional o artigo 27 da Lei Federal n.º 8.987/95, - que autoriza a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária-, a infringência às cláusulas editalícias e contratuais persiste, vez que as modificações implicaram o desfazimento de forma que revestia o ato jurídico, - ou seja, o contrato de concessão-, de presunção de legalidade.

Trata-se, aqui, de forma do ato jurídico e não de requisito meramente formal desse ato; a forma é condição de existência do ato, enquanto o requisito formalístico é a maneira como a forma deve revestir-se no ato específico. Este é o ensinamento de Weida Zancaner na obra citada, página 70.

Ainda segundo a ilustre administrativista, se a norma legal prefixou o modo, a conduta a ser seguida e o fim a ser alcançado, não há margens para a discricionariedade, ou seja, se houver determinação legal, o administrador não pode opinar sobre conveniência e oportunidade, pois se trata de conduta vinculada, obrigatória.

Na espécie, a forma prescrita foi a constituição de sociedade de propósito específico, que se revela elemento imprescindível para a regularidade da concessão e da sua execução.

Nessa quadra, a alteração do Estatuto Social da empresa concessionária, para subtrair-lhe características próprias, vinculadas ao objeto licitado, a par de caracterizar burla ao Procedimento Licitatório, constitui infringência contratual de natureza grave.

Demais disso, é imprescindível que toda e qualquer alteração nas cláusulas editalícias e contratuais tenha presente o atendimento ao interesse público, além de respeitar os demais princípios e normas de Direito Administrativo, como salientou a Assessoria Jurídica de Controle Externo.

A observância a essas regras - absolutamente imprescindível – entretanto, não restou comprovada nos autos.

Em remate, insta realçar que a empresa concessionária, em síntese, descumpriu as seguintes determinações editalícias e contratuais: a) a obrigatoriedade de constituição, para execução integral do contrato, de sociedade de propósito específico , voltada restrita e exclusivamente ao objeto da concessão; b) a obrigatoriedade de submissão de qualquer alteração no contrato social à prévia

aprovação da Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente; c) a proibição de assumir obrigações que excedessem o termo final do Contrato; d) o dever de manter, até o final do Contrato, todas as condições de habilitação, qualificação e segurança exigidas no Edital.

Por todos estes motivos, conheço da Representação e, no mérito, julgo-a procedente.

Tendo em vista, porém, as graves ilegalidades que maculam o Contrato nº 018/SVMA/00, objeto da presente Representação e que contaminam também o de nº 020/SVMA/00– ambos relatados e objeto de voto em outro expediente – determinarei as providências subsequentes no âmbito dos TC´s que constituem os itens VI a VIII da pauta.

Proceda-se na forma prevista no artigo 58 do Regimento Interno.