JURISPRUDENCIA

TC 72.002.936.00-94

2º JULGADO
RECURSOS VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregulares as autorizações concedidas para a execução de obras relativas a instalações de cabos de fibras ópticas no Município de São Paulo. CONHECIDOS em unanimidade. PROVIDOS parcialmente. Votação unânime. Rejeitada a preliminar de ilegitimidade. Cancelada a determinação que ordenou a apuração de responsabilidade funcional pela instalação das redes de fibras ópticas sem autorização. Cancelada a multa aplicada à agente público. Votação por maioria.

1º JULGADO
AUDITORIA EXTRAPLANO. Regulares as Autorizações concedidas pelas Administrações Regionais. IRREGULARES as autorizações do DSV/CET, Decretos 27.335/87 e 37.553/98; instalações de cabos sem autorização da PMSP; diferenças monetárias apuradas; deficiência de controle dos Termos de Permissão de Uso; falta de aplicação das multas previstas. Multa. Art. 19, XIII, §1º, Lei 9.167/80, art. 133, RITCMSP. Prejudicadas as determinações à SIURB, normas expressas no Decreto 40.532/01. CONHECIDA. Determinações, à CONVIAS; e de nova auditoria; e encaminhamento ao MP, após conclusões da nova auditoria se restarem comprovadas as irregularidades apontadas. Votação unânime.

.

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro Roberto Braguim.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Roberto Braguim – Relator, bem assim pelos votos dos Conselheiros Edson Simões – Revisor, apresentado em separado, Eurípedes Sales e Maurício Faria, em conhecer dos recursos interpostos, por apresentarem os requisitos de admissibilidade, rejeitando, porém, a preliminar

de ilegitimidade de parte, argüida pelo Senhor Emílio Azzi, às fls. 370/388 dos autos, porque, a despeito da curta passagem dessa Autoridade pela Secretaria de Vias Públicas, os atos analisados ocorreram também durante sua gestão.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, quanto ao mérito do recurso interposto conjuntamente pelos Senhores Roberto Luiz Bortolotto e Aurélio Pavão de Farias, às fls. 361/368 dos autos, em dar-lhe provimento parcial, para o fim de cancelar a determinação contida no V. Acórdão recorrido, dirigida à Convias, concernente ao tópico que ordenou a apuração da responsabilidade funcional pela instalação das redes de fibras ópticas sem autorização da Prefeitura.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim – Relator, Eurípedes Sales e Maurício Faria, quanto ao mérito do recurso interposto pelo Senhor Emílio Azzi, de fls. 370/388 dos autos, em dar-lhe provimento, para o efeito específico de cancelar a multa de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais) aplicada àquele agente público.

Vencido, quanto ao mérito do apelo do Senhor Emílio Azzi, o Conselheiro Edson Simões – Revisor que, nos termos do voto apresentado em separado, negou-lhe provimento.

Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Simões – Revisor, Eurípedes Sales e Maurício Faria.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda “ad hoc” Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva Moccia.

Sessão no Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque em 13 de abril de 2005. Presidente: Antonio Carlos Caruso – Relator: Roberto Braguim.

RELATÓRIO

Examinam-se, neste iter processual, os recursos, em conjunto, do então Secretário Municipal de Infra-Estrutura Urbana, Roberto Luiz Bortolotto, e do Diretor de CONVIAS, Aurélio Pavão de Farias, e individual do também antigo Secretário da Pasta, Emílio Azzi, interpostos contra o v. Acórdão proferido em 19.12.2001 que, entre outras deliberações, julgou irregulares vários atos analisados no âmbito da auditoria realizada através deste TC, determinou a apuração de responsabilidade funcional e aplicou a multa de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais) aos Secretários que atuaram na Pasta (fls. 308/310).

Os primeiros recorrentes contestam aquela decisão, alegando, em apertada síntese, que a competência do CONVIAS está confinada à análise e aprovação de projetos para instalação de serviços de infra-estrutura urbana, não lhe cabendo, assim, fiscalizar obras nas vias públicas e apurar responsabilidades funcionais de agentes pertencentes a

outros órgãos, aduzindo, ainda, que as obras clandestinas e declaradas irregulares por esta Corte foram realizadas à sua revelia (fls. 361/368).

Emílio Azzi, à sua vez, alega sua ilegitimidade passiva, porquanto os atos declarados irregulares foram praticados em gestão pretérita à sua, como dimana da cronologia dos fatos, e, no mérito, contestou todas as constatações da engenharia citadas no voto do Conselheiro Relator, dando ensejo ao v. Acórdão recorrido (fls. 370/388).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, após efetuar o relatório pormenorizado dos apelos, entendeu plausíveis as razões e considerações das peças recursais, opinando pela revisão parcial do v. Acórdão recorrido (fls. 394/400).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, analisando os dois recursos, reportou-se aos comentários feitos por sua Engenharia e Auditoria, constantes das promoções de fls. 402/404 e 405/407, concluindo pela aceitação do recurso apenas no tocante às observações do item 3.3.2, letra 'b', do relatório oferecido.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, entretanto, acompanhou a Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido do provimento parcial dos apelos, o mesmo ocorrendo por parte da Secretaria Geral, que opinou, objetivamente, pelo cancelamento da Determinação constante do Acórdão, dirigida ao CONVIAS, e da multa aplicada ao Sr. Emilio Azzi (fls. 409 e 410).

É o relatório.

VOTO

Os recursos em exame não têm pontos ou temas de identidade entre si, de sorte que eles são analisados separadamente, na ordem em que foram apresentados.

1. RECURSO CONJUNTO DE ROBERTO LUIZ BORTOLOTTO E AURÉLIO PAVÃO DE FARIAS (fls. 361/368):

Esses recorrentes contestam a deliberação do V. Acórdão, determinando ao CONVIAS a apuração da responsabilidade funcional pelas instalações das redes referentes à MetroRed, Impsat, Netstream e Barramar, tendo em vista que elas foram implantadas clandestinamente, à revelia do Departamento, além de que não foi apurado qualquer desvio funcional na sua área de atuação.

Sustentaram, também, que DSV e CET afrontaram a legislação regulamentar vigente ao autorizar obras nas vias públicas sem prévio exame da Administração Regional e permissão do CONVIAS, o qual só

passou a aprovar projetos de instalação de equipamentos das permissionárias credenciadas pela Anatel, após o Decreto 38.139/99.

Antes desse Diploma, acrescentaram que nada era cobrado pelo uso do subsolo para as instalações das espécies, mesmo porque essa cobrança dependia do levantamento e cadastramento das redes e foi questionada na Justiça, através de Mandados de Segurança, com deferimento de liminares.

A competência é tema que nem sempre é de fácil solução, sobretudo no âmbito da Administração Pública, onde vicejam normas que disciplinam as atribuições dos órgãos e agentes públicos, nem sempre com muita clareza e definição. A competência, na conceituação doutrinária, é a porção de poder atribuído ao agente público para o desempenho específico de suas funções. Ela resulta da lei e por ela é delimitada (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, RT, 16ª edição, pág. 128) pois, na conhecida advertência de Caio Tácito: **'não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito'**.

No Município de São Paulo, sobremaneira, a apuração das competências é assunto, às vezes, de grande complexidade, devido à legislação esparsa e difusa, e à falta de sua sistematização e racionalidade, fato que muitas vezes tem servido de escudo ao agente administrativo para negar sua competência em atos que envolvem ou implicam responsabilidade administrativa, civil e criminal.

Essa dificuldade se verifica no exame da legislação municipal levantada pela Secretaria Geral, na fase pretérita de conhecimento e de instrução deste processado, destacando sua complexidade e concluindo competir, nos termos do Decreto 37.553/98, às Administrações Regionais a outorga das autorizações para implantação desse equipamento, mediante prévia manifestação de CONVIAS, sem descartar a oitiva do Departamento do Sistema Viário, e a Secretaria Municipal de Vias Públicas, através daquele Departamento, a emissão dos Termos de Permissão de Uso e a cobrança de preços públicos no que tange às ligações domiciliares, após a vigência do Decreto Municipal 38.139/99.

Assim, mantida a responsabilidade de SVP/CONVIAS pelas irregularidades constatadas na emissão dos Termos de Permissão de Uso e na cobrança dos preços exigidos pelo Decreto 38.139/99, consoante o apurado pela Auditoria, dou **parcial provimento** ao recurso de fls. 361/368, para cancelar a determinação contida no v. Acórdão recorrido, dirigida àquele Órgão, concernentemente ao tópico que ordenou a apuração da responsabilidade funcional pela instalação das redes de fibras ópticas sem autorização da Prefeitura.

2. RECURSO DE EMÍLIO AZZI (fls. 370/388):

A preliminar de ilegitimidade de parte, suscitada no apelo em exame, não procede porque, a despeito da curta passagem dessa

Autoridade pela Secretaria de Vias Públicas, os atos analisados ocorreram também durante sua gestão.

Com efeito, os recortes do Diário Oficial do Município, acostados ao seu recurso, comprovam que ele esteve à testa daquela Pasta no período de 20 a 26/05/2000 e de 15.06.2000 a 31.12.2000, quando se encerrou o mandato eletivo do então Prefeito Celso Pitta, durante o qual eram exigidas as contribuições com base no indigitado Decreto 38.139/99, só posteriormente substituídas pelo Decreto 40.532/01.

Contudo, não se lhe pode atribuir qualquer responsabilidade pela instalação e funcionamento irregular dos cabos de fibras ópticas, posto que não há qualquer comprovação de que a Secretaria de Vias Públicas tenha autorizado ou facilitado a implantação desse equipamento nas vias públicas. Ao revés, as autorizações, condenadas pelo v. Acórdão recorrido, foram emitidas pelas Administrações Regionais ou pelo DSV/CET, segundo se colhe da instrução do processo, em especial do relatório da Secretaria de Fiscalização e Controle, de fls. 89/102, que subsidiou o voto vencedor do eminente então Conselheiro Relator, Dr. Antonio Carlos Caruso.

Na realidade deste processo, as falhas imputadas à Secretaria de Vias Públicas concernem a deficiências no controle dos Termos de Permissão de Uso e na cobrança dos preços instituídos pelo Decreto 38.139/99, compreendendo diferenças de correção monetária e de multas moratórias, pelo não-pagamento das contribuições mensais no prazo legal.

Bem de ver, todavia, que, nos termos da regulamentação vigente, a emissão e o controle dos Termos de Permissão de Uso e o cálculo das contribuições devidas estavam a cargo do Departamento de Controle de Uso das Vias Públicas – CONVIAS, e o processamento de sua cobrança pela Contabilidade da Secretaria de Vias Públicas, consoante dá notícia o relatório de fls. 89/102.

Havendo, dentro da estrutura administrativa da Pasta, órgãos inferiores incumbidos da execução de tarefas ou serviços específicos, como no caso em tela, não me parece razoável estender ao titular da Pasta responsabilidades por todas as falhas ou deficiências cometidas por agentes subalternos, uma vez que eles exercem cargo de liderança, na supervisão e condução geral dos Organismos que dirigem.

Sob esse enfoque e considerando a sugestão emanada da Secretaria Geral, à fl. 410, dou **provimento ao recurso** de fls. 370/388, para o efeito específico de cancelar a multa de R$ 250,00 aplicada ao Senhor Emílio Azzi, e, reafirmando o provimento parcial do recurso de fls. 361/368, nos termos expostos no item 1 supra.

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Edson Simões:

Acompanho o voto do Conselheiro Relator quanto ao conhecimento e provimento parcial do Recurso interposto conjuntamente pelo primeiro e segundo Recorrente.

Quanto ao Recurso interposto pelo terceiro Recorrente, à época Secretário de Vias Públicas, afasto, desde logo, por improcedente, a preliminar de ilegitimidade de parte suscitada, uma vez que conforme dão conta os recortes do Diário Oficial do Município anexados aos autos, pelo Recorrente, nos períodos de 20 a 26 de maio e de 15 de junho a 31 de dezembro de 2000, ocasião em que ocorreram as apontadas irregularidades, era o mesmo o titular da Secretaria de Vias Públicas e portanto, responsável pelo deficiente controle das permissões de uso e pela cobrança dos preços instituídos pelo Decreto número 38.139/99, inclusive das diferenças dos valores relativos à correção monetária e de multas moratórias pelo não-pagamento das contribuições mensais, no prazo legal.

Em assim sendo e corroborando idêntico entendimento sobre o assunto exarado às folhas 405 a 408 pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, **CONHEÇO** do **APELO** do Secretário de Vias Públicas, terceiro Recorrente, por preenchidos os requisitos de admissibilidade, **NEGANDO-LHE PROVIMENTO,** quanto ao MÉRITO, mantendo-se, em conseqüência, o Acórdão recorrido, na forma e efeitos prolatados.

1º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72-002.936.00-94, devolvidos, na presente sessão, pela Conselheira MARIANA P. A. Q. BARBOSA – Revisora “ad hoc”, após vista que lhe fora concedida na 2.010ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, conhecer da auditoria realizada e julgar regulares as autorizações concedidas pelas Administrações Regionais no período de fevereiro a abril de 1999, enfatizando, desde logo, que essa decisão não outorga salvo-conduto, às empresas beneficiárias, para o não-cumprimento das disposições contidas no Decreto 40.532/01, especialmente quanto às cominações nele contidas, inclusive relativamente ao pagamento do preço público fixado.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, julgar irregulares os seguintes atos:

1º) as autorizações expedidas pelo DSV/CET na vigência dos Decretos 27.335/87 e 37.553/98, por ausência de competência legal;

2º) as instalações de cabos sem qualquer autorização da Prefeitura;

3º) as diferenças monetárias apuradas;

4º) a deficiência de controle dos Termos de Permissão de Uso formalizados;

5º) a não-aplicação das multas previstas para o não-pagamento das contrapartidas no prazo legal.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, nos termos do art. 19, inciso XIII, e seu § 1º, da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o art. 133 do Regimento Interno desta Corte, aplicar a multa de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais) a cada um dos responsáveis arrolados a seguir:

a) Senhor Nelson Ibrahim Maluf El-Hage - por ter concedido autorizações em desacordo com o Decreto 27.335/87 e Decreto 37.553/98, nas hipóteses indicadas no relatório de fls. 89 a 102;

b) Senhor Emílio Azzi - por cobrança de valor menor, isenção de cobrança, deficiência de controle dos Termos de Permissão de Uso e não-aplicação das multas previstas para o não-pagamento das contrapartidas no prazo legal, em inobservância ao Decreto 38.139/99.

ACORDAM, também, à unanimidade, considerar prejudicadas as determinações à Secretaria de Infra-Estrutura Urbana, para regularização das implantações feitas em desacordo com a normatização vigente à época, na medida em que o Decreto 40.532, de 08/05/2001, contém normas expressas a serem observadas, mediante prazo, pelas empresas cujos equipamentos urbanos já tenham sido implantados e estejam em situação irregular, inclusive com relação aos pagamentos pendentes.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, determinar:

1º) à Convias a apuração de responsabilidade funcional pela instalação de redes relativas à Metrored, Impsat, Netstream e Barramar, sem qualquer autorização da Prefeitura, remetendo-se as conclusões a este Tribunal, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, sob pena de responsabilidade;

2º) à AT-Engenharia desta Corte que realize nova auditoria, para verificar:

a) o cumprimento das disposições contidas no mencionado Decreto 40.532/01;
b) a regularização das situações questionadas no presente;
c) o pagamento dos preços atrasados;

d) o recolhimento das diferenças monetárias apuradas;

e) o controle dos Termos de Permissão de Uso formalizados;

f) o procedimento utilizado para as ligações domiciliares.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, determinar a expedição, à Secretaria de Infra-Estrutura Urbana, à Câmara Municipal de São Paulo e à Senhora Prefeita, de cópias do relatório da AT-Engenharia, do relatório e voto do Relator, bem assim do presente Acórdão, para subsidiar os trabalhos de regularização da implantação de redes de infra-estrutura.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, determinar o encaminhamento, ao Ministério Público, de cópia do relatório e voto do Relator, bem como do presente Acórdão, após as conclusões da nova auditoria, se restarem comprovadas as irregularidades apuradas.

Participaram do julgamento os Conselheiros Mariana P. A. Q. Barbosa - Revisora “ad hoc” e Eurípedes Sales.

Ausente o Conselheiro Roberto Braguim, Vice-Presidente, por motivo de licença médica.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Rodolfo de Camargo Mancuso.

Sessão no Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque em 19 de dezembro de 2001. Presidente: Edson Simões – Relator: Antonio Carlos Caruso.

RELATÓRIO

Cuida o presente de auditoria realizada junto à Convias, da Secretaria de Infra-Estrutura Urbana, com o fim de apurar a regularidade das autorizações concedidas para a execução de obras relativas à instalação de fibras ópticas no Município de São Paulo e dos recolhimentos dos valores cabíveis, após a edição do Decreto nº 38.139/99, bem assim o montante anteriormente não recolhido por falta de regulamentação.

A equipe multidisciplinar, incumbida da análise dos procedimentos relativos ao assunto aqui tratado, elaborou o alentado relatório de fls. 89/101, cujas conclusões assim se resumem:

1) da AT-Engenharia:

- foram emitidas por várias Regionais autorizações para obras de instalação de cabos de fibras ópticas em diversas vias do Município, a favor da Metrored e Netstream/Promon, sem prévia aprovação por Convias, em desacordo com o Decreto 23.404/87 e/ou sem prévio parecer do DSV, em desconformidade com o Dec. 37.553/98;

- foram emitidas pelo DSV/CET autorizações a favor da Embratel, Telesp e Eletropaulo, em inobservância dos citados editos;

- foram instalados em várias ruas cabos de fibras ópticas sem autorização da PMSP, por permissionárias e empresa não autorizada pela Anatel;

- foram realizadas realizadas ligações domiciliares após o Dec. 38139/99, sem exigência do Termo de permissão de Uso-TPU e do devido pagamento;

- não se apurou o montante não recolhido das permissões de uso anteriores ao Dec. 38139/99, pois foi concedido prazo até 02.07.2001 para que as empresas com equipamento já implantado forneçam à CONVIAS o respectivo cadastro, para lavratura do termo e cálculo dos valores devidos;
- não foram concluídos os estudos levados a efeito quanto à admissibilidade da permissão de uso das vias públicas para instalação desses equipamentos, encontrando-se suspensas as emissões de termos de permissão de uso.

2) de Aud-II:

- falta de pagamento da contribuição da empresa Bonari;

- a forma de controle realizada por CONT/SVP mostra-se deficiente, com irregularidade, inclusive falta de aplicação das penalidades moratórias;

Intimadas as então Secretarias de Vias Públicas e das Administrações Regionais e o DSV e CET, apresentaram defesa os Srs. Cláudio Ferreira Couto, Nelson Ibrahim Maluf El-Hage, e o Sr. Emílio Azzi, que alegaram em síntese:

1) SVP: não há viabilidade técnica para a cobrança das ligações domiciliares e encontram-se sobrestados os pedidos de permissão de uso do subsolo após parecer jurídico contrário no PA 1999-0235-358-4;

2) SAR: contesta a atribuição dos Tribunais de Contas em proferir julgamento nas auditorias realizadas; as irregularidades constatadas não são do Chefe de Atos, mas dos Administradores Regionais, aos quais devem ser feitas as imputações; a edição de portarias de autorização a favor da Metrored, Netstream e Promon eletrônica foi feita antes do Decreto nº 38.139; a publicação desse não revoga as portarias; e a lei não exige que as autorizações sejam precedidas das medidas necessárias; não estão mais sendo emitidas autorizações;

3) DSV-CET: o Dec. 37.553/98 abrangia apenas a execução de obras por parte das concessionárias e várias autorizações em favor de concessionárias foram expedidas pelo DSV antes da edição do referido regulamento ou protocoladas antes dessa data e foram encaminhadas à SAR para ciência, que podia ou não confirmá-las; que o art. 2º do Dec. 23.404/87 estabelece aprovação prévia de Convias apenas para implantação ou extensão de equipamento e não nas hipóteses de conservação e manutenção como se verificou nos casos das autorizações

1/458/98, 1/468/98 e CET3/144/98 e quanto às demais autorizações impugnadas, embora reconhecendo enquadrarem-se no art. 2º do Decreto mencionado, o DSV tê-las-ia enviado posteriormente à CONVIAS para a tomada das medidas necessárias.

Intimados também os Administradores Regionais, apresentaram defesa os Srs. José Roberto Generoso, João Bento dos Santos filho, Antonio Castelo da Cruz, Rubens Rúbio, Edson Basílio Gasques e Maurício Marcos Monteiro, argumentando, em síntese:

1) AR-SÉ: José Roberto Generoso: que as autorizações por ele expendidas, sem parecer de CONVIAS foram sustadas; José Bento dos Santos Filho não expediu qualquer autorização; Antonio Castelo da Cruz: que o Dec. 37553/98 não exigia a oitiva de DSV para obras executadas nas vias arteriais e coletoras, mas apenas nas hipótese dos parágrafos 1º a 3º do art. 5º do Dec 27.335/88 e que as obras de pequeno porte, quando não implicavam alteração de sinalização ou de traçado de via pública eram de competência exclusiva das Administrações Regionais; apresentou no DSV memorandos anexados à defesa, para a execução das demais obras, não juntados nos processos oportunamente, por equívoco;

2) AR-São Miguel: Rubens Rúbio afirma que as Portarias expedidas autorizaram a execução das obras e que a aprovação por CONVIAS não deveria ser anterior à sua execução; essas portarias não teriam sido suspensas por Ordem Interna de SGM, que apenas teria determinado à SAR a adoção de providências no sentido da sustação; que essas autorizações teriam ocorrido antes da publicação do Dec. 38.139/99; que o Dec. 37.553/98 não exigia parecer do DSV para obras ou serviços executados nas vias arteriais e coletoras; que houve encaminhamento dos processos ao DSV após autorização; que não houve prejuízo ao Erário;

3) AR – Ermelino Matarazzo e AR-Pinheiros: Edson Basílio Gasques e Maurício Marcos Monteiro apresentaram os mesmos argumentos de Rubens Rúbio.

Em nova manifestação, a AT-Engenharia afastou as razões de defesa, para aduzir que:

Decreto 37.553/98 abrange toda e qualquer empresa, não só as concessionárias;

- a cobrança de preço das ligações domiciliares não é inviável, e sua falta acarreta prejuízos à Municipalidade;

- no regime criado pelo Dec. 23.404/87., Convias deveria aprovar as instalações previamente e não após a implantação;

- não procede a argumentação dos Administradores Regionais de que o parecer do DSV foi solicitado por memorando ou fax, pois tal parecer deveria

ter sido juntado no processo administrativo, previamente à emissão da autorização e não posteriormente;

- Decreto nº 37.553/98 estabelece a obrigatoriedade do parecer prévio do DSV em qualquer caso, mesmo nas vias arteriais e coletoras;

- descabida a afirmação de que as portarias de SVP estabelecem a aprovação por Convias após a execução das obras. O Decreto nº 23.404/87 exigia tal aprovação, independentemente de previsão em Portaria.

AUD insistiu no seu anterior pronunciamento, ressaltando a falta de estrutura adequada de SVP a viabilizar um controle eficiente e eficaz dos valores das permissões de uso, após a edição do Decreto 38139/99.

A AT-Jurídica, em pareceres divergentes, inicialmente endossa a manifestação da AT-Engenharia, para, afinal, concluir, por meio da Sra. Assessora Subchefe, quanto à legalidade das autorizações concedidas pelas Administrações Regionais no período de fevereiro a abril de 1999, quando vigente o Dec. 37.553, de 05.08.98, onde foi fixada a competência exclusiva das Administrações Regionais, após consulta ao DSV, para a concessão de autorizações, sendo prescindível o parecer prévio de CONVIAS.

SDG alinhou as seguintes conclusões:

- não há irregularidade nas autorizações concedidas de fevereiro a abril de 1999, salientando que algumas dessas autorizações não surtiram efeito, pois foram sustadas;

- são irregulares as autorizações expedidas pelas Administrações Regionais em período não abrangido pelo Decreto 37.553/98, sem prévia e comprovada oitiva de CONVIAS e/ou DSV, bem como aquelas expedidas pelo DSV/CET na vigência desse mesmo Decreto, por ausência de competência legal;

- são irregulares as instalações de cabos sem qualquer autorização da Prefeitura, assim como as diferenças monetárias apuradas e as deficiências de controle em SVP, dos Termos de Permissão de Uso;

- é irregular a falta de recolhimento de preço público, após a edição do Dec. 38.139/99, inclusive no que tange às ligações domiciliares.

Arremata a especializada por apresentar algumas propostas como encaminhamento das conclusões da presente auditoria à Secretaria de Infra-Estrutura Urbana, Secretaria da Implementação das Subprefeituras e DSV; ofício a Secretaria dos Negócios Jurídicos para informação quantos aos estudos sobre a matéria versada no presente; e realização de nova auditoria.

É o relatório.

VOTO

As questões tratadas nestes autos referem-se ao tema polêmico da implantação de redes de infra-estrutura no Município de São Paulo, que ensejou análise percuciente na CPI das áreas públicas, realizada na Câmara Municipal.

Os dados levantados na Edilidade dão conta de que dos 940 Km da rede de fibra óptica no subsolo de São Paulo, 538,5 Km, ou seja 57%, são ilegais.

Peço vênia aos Nobres Conselheiros, antes de proferir minha decisão, para tecer algumas considerações para compreensão integral de matéria submetida a julgamento.

A implantação de serviços postos à disposição do mercado consumidor e que necessitam de redes de infra-estrutura, aéreas ou subterrâneas, deve, necessariamente, estar compatibilizada com o processo de planejamento da cidade, cuja competência é municipal, por força do art. 182, combinado com o art. 30, I e VII, ambos da Constituição Federal.

A meu ver, todos esses serviços que utilizam o subsolo urbano ou os equipamentos do mobiliário urbano (postes, por ex.) devem ser autorizados pelo Município.

Sem dúvida, tal autorização objetiva:

1) registrar os serviços postos à disposição do mercado consumidor local;

2) disciplinar o subsolo, de modo que haja compatibilização com as redes e segurança para os munícipes;

3) identificar o local dessas redes;

4) resguardar as características do bem público (vegetação, calçadas ou vias com pavimentos históricos);

5) ordenar o momento da abertura dos buracos.

Configurado o interesse local na instalação desses serviços, as vias públicas e os equipamentos do mobiliário urbano podem ser utilizados para extensão de redes de infra-estrutura, observando o regime jurídico dos bens públicos, cuja competência para disciplinar, no sistema constitucional vigente, é do Município.

No Município de São Paulo, o assunto vem sendo disciplinado desde a Lei 8.658/77 e decretos regulamentadores, mas somente a partir de 01.07.99, com a edição do Decreto nº 38.139, é que houve previsão de cobrança pela utilização do subsolo.

Os casos submetidos a julgamento devem ser examinados à luz da legislação vigente no momento da implantação dos equipamentos.

Conforme bem salientado por SDG, as autorizações consideradas irregulares pela AT-Engenharia, por inexistência de parecer de Convias ou por se referirem a obras situadas em vias arteriais ou coletoras, que dependiam da oitiva prévia de DSV, em sua grande parte, foram expedidas entre fevereiro e abril de 1999, quando estava em vigor o Decreto nº 37.553/98, que atribuía competência exclusiva às Administrações Regionais para conceder autorizações às concessionárias.

Tal regulamento demandava orientação segura da Administração com relação à abrangência e alcance de suas disposições, inclusive quanto à vigência de Decretos anteriores, o que não ocorreu, consoante se pode depreender da análise das justificativas dos servidores defendentes, gerando procedimentos equivocados ou mal direcionados.

Registre-se, ainda, que algumas dessas aprovações consistiram em mero cumprimento de autorizações já concedidas pela então SVP, através de Portarias expedidas com base na Lei 8.658/77.

Esclareça-se, ainda, que algumas das autorizações concedidas foram sustadas posteriormente pelas Administrações Regionais, de modo que não surtiram nenhum efeito, como por exemplo as expedidas pela AR-SÉ.

Dessa forma, na esteira de SDG e PFM, conheço da auditoria realizada e julgo regulares as autorizações supracitadas, enfatizando, desde logo, que essa decisão não outorga salvo-conduto, às empresas beneficiárias, do não-cumprimento das disposições contidas no Decreto nº 40.532/01, especialmente quanto às cominações nele contidas, inclusive relativamente ao pagamento do preço público fixado.

Não posso proferir idêntica decisão quanto aos seguintes atos:

1) as autorizações expedidas pelo DSV/CET na vigência dos Decretos nº 27.335/87 e 37.553/98, por ausência de competência legal;

2) as instalações de cabos sem qualquer autorização da Prefeitura;

3) as diferenças monetárias apuradas;

4) a deficiência de controle dos termos de permissão de uso formalizados; e

5) não aplicação das multas previstas para o não pagamento das contrapartidas no prazo legal.

Dessa forma, julgo-os irregulares.

Em conseqüência, nos termos do art. 19, inciso XIII, e seu § 1º, da Lei 9.167/80, combinado com o art. 133 do Regimento Interno, aplico a multa de R$ 250,00 a cada um dos responsáveis arrolados a seguir:

por ter concedido autorizações em desacordo com o Decreto 27.335/87 e Decreto 37.553/98, nas hipóteses indicadas no relatório de fls. 89 a 102: o Sr. Nelson Ibrahim Maluf El-Hage;

por cobrança de valor menor, isenção de cobrança, deficiência de controle dos termos de permissão de uso e não aplicação das multas previstas para o não pagamento das contrapartidas no prazo legal, em inobservância ao Decreto 38.139/99: o Sr. Emílio Azzi.

Com relação às determinações à SIURB, para regularização das implantações feitas em desacordo com a normatização vigente à época, considero-as prejudicadas, na medida em que o Decreto 40.532, de 08.05.2001, contém normas expressas a serem observadas, mediante prazo, pelas empresas cujos equipamentos urbanos já tenham sido implantados e estejam em situação irregular, inclusive com relação aos pagamentos pendentes.

Determino, ainda:

1) à Convias a apuração de responsabilidade funcional pela instalação de redes relativas às Metrored, Impsat, Netstream e Barramar, sem qualquer autorização da Prefeitura, remetendo-se as conclusões a este Tribunal, no prazo de 120 (cento e vinte dias), sob pena de responsabilidade;

2) à AT-Engenharia para que realize nova auditoria, com o objetivo de verificar:

a) o cumprimento das disposições contidas no mencionado Decreto nº 40.532/01;

b) a regularização das situações questionadas no presente;

c) o pagamento dos preços atrasados;

d) o recolhimento das diferenças monetárias apuradas;

e) o controle dos Termos de Permissão de Uso formalizados; e

f) o procedimento utilizado para as ligações domiciliares.

Expeçam-se cópias do relatório da AT-Engenharia, do meu relatório, voto e respectivo acórdão, à Câmara Municipal, à Sra. Prefeita e à SIURB, para subsidiar os trabalhos de regularização da implantação de redes de infra-estrutura.

Após as conclusões da nova auditoria, se restarem comprovadas as irregularidades apuradas, encaminhem-se cópias do presente relatório, voto e respectivo acórdão ao Ministério Público.