

do Processo nº 2013-0.250.535-8

Folha de Informação nº 1093

em 30 / 09 / 14


Jussara R. Corrêa Oliveira
AGPP - RF 739.978.2.00
PGM/AJC

INTERESSADO: BIOGÁS ENERGIA AMBIENTAL S/A

ASSUNTO: Contrato n.º 018/SVMA/2000. Concessão para a exploração de gás bioquímico. Aterro Sanitário Bandeirantes. Pedido de anuência para a alteração da composição societária da concessionária.

Informação nº 1.289/2014 - PGM-AJC

**PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
ASSESSORIA JURÍDICO-CONSULTIVA
Senhor Procurador Assessor Chefe**

Inaugura o presente expediente requerimento formulado pela Biogás Energia Ambiental S/A, para a obtenção de anuência da Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente (SVMA) quanto à sua alteração societária. A empresa interessada constitui concessionária do Aterro Sanitário Bandeirantes, para fins de exploração de gás bioquímico, nos termos do Contrato n.º 18/SVMA/2000.

Após instrução levada a efeito pela SVMA, a Assessoria Jurídica da Pasta manifestou-se a fls. 1.072/1.085. Inicialmente, SVMA-AJ expôs que as exigências formuladas pela Secretaria, no sentido da apresentação de documentos comprobatórios da gestão empresarial, não foram objeto de atendimento pela concessionária¹. Pondera que, por força da

¹ De acordo com a SVMA-AJC, diversos são os documentos pendentes. Conforme se extrai da leitura da manifestação de fls. 1.072/1.085, são eles, entre outros: (a) documentos de habilitação e regularidade jurídica e fiscal da empresa Biogás, da empresa Heleno & Fonseca, bem como da S.A. Paulista; (b) informação acerca dos empréstimos ou obrigações assumidas pela Biogás; (c) distribuição atual das ações da S.A. Paulista; (d) proposta de opção de compra e venda dos ativos da Heleno & Fonseca pela S.A. Paulista; (e) certidão da ação judicial em trâmite perante a jurisdição Argentina; (f) documentos que comprovem, em relação à Biogás, o número total de ações e suas espécies, seus detentores e como está sendo exercido o direito de voto (para fins de identificar quem efetivamente está exercendo o controle da companhia); (g) informação de que as condições técnicas serão mantidas; (h) informação sobre a participação de outras empresas no empreendimento (Ceppólina Engenheiros Consultores S/C Ltda., Logística Ambiental de São Paulo S/A, KFW); (i) atestado de vistoria no local pela S.A. Paulista; (j) comprovação de que os índices de explosividade foram normalizados.

do Processo nº 2013-0.250.535-8

Folha de Informação nº 1094

em 30/09/14


Jussara R. Correia Oliveira
AGPP - RF 739.974.2.00
PGM/JUC

transferência pretendida, "todas as empresas originariamente integrantes do consórcio bem como as duas empresas integrantes da sociedade de propósito específico, não mais estarão prestando os serviços de concessão" (fls. 1.077). Ademais, expõe que a empresa Biogás perdeu a sua natureza de sociedade de propósito específico, passando a investir em outros negócios.

Em seguida, a Assessoria Jurídica suscita uma séria de aspectos que colocam em xeque a higidez do contrato, remontando alguns deles ao seu nascedouro. São eles:

(i) A assinatura do Contrato 18/SVMA/2000 não contou com a participação da Inepar Energia S/A, empresa que integrou o consórcio que participou da licitação para a exploração de gás do Aterro Bandeirantes;

(ii) Transferência de ações da Biogás Energia Ambiental S/A para diversas empresas, "sem comunicação à Municipalidade" (fls. 1.075);

(iii) Elaboração de três aditamentos, visando à definição de novos prazos contratuais, "alterando-se, assim, as condições que haviam sido estabelecidas no edital de licitação" (fls. 1.075);

(iv) A "repartição dos créditos de carbono entre a concessionária e o poder concedente até o momento não conta com estudos que lhe dêem sustentação" (fls. 1.075);

(v) Existência de "indícios de remuneração de outras empresas com frações da parcela dos RCE's que caberiam à concessionária" (fls. 1.075);

(vi) Inexistência de estudos visando ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, necessários em razão da inclusão da comercialização dos RCE's pelo concessionário (fls. 1.075);

(vii) Inexistência de informação da SVMA-DECONT quanto ao cumprimento do contrato "no período pretérito e o atendimento de todas as condições do edital no decurso da contratação, como, por exemplo, se cumpridas as condições estabelecidas no item 6.1 do edital, repetida no item 2.1 do contrato, e 7.11 do edital" (fls. 1.082). Pondera que não há comprovação de apresentação de garantia, tampouco contrato de seguro vigente com cobertura estabelecida no item 11.2 do edital.

SVMA-AJ também aponta a recente prolação de Acórdão pelo Tribunal de Contas do Município, que vislumbrou a irregularidade do Contrato n.º 18/SVMA/2000, bem assim de seus aditamentos. Foi considerada ilegal a descaracterização do Biogás como sociedade de propósito específico. Por conta disto, o TCM-SP recomendou à Câmara Municipal a sustação da

Folha de Informação nº 1095
em 30 / 09 / 2009
Márcia R. Costa Oliveira
ACPP - RF 739.378/2.00
PGM/AJC

do Processo nº 2013-0.250.535-8

avença. Não consta, no âmbito do presente expediente, os eventuais desdobramentos daí decorrentes.

Após o panorama traçado, a SVMA-AJ formulou oito questionamentos (fls. 1.084/1.085), direcionando-os a esta Procuradoria Geral do Município.

Por força da Portaria conjunta n.º 6/2013-SNJ.PGM, o expediente foi restituído à SVMA, para que a Pasta se posicionasse sobre a matéria objeto de consulta. Diante disto, a SVMA-AJ manifestou à fls. 1.088/1.091, tecendo as ponderações a respeito. Em síntese, aponta que “a concessão não detém condições de prosseguir” (fls. 1.085).

Os questionamentos formulados, assim também as considerações da Assessoria Jurídica da Pasta, são as seguintes:

(1º) Qual a repercussão da decisão levada a efeito pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo?

Ponderação da SVMA-AJ: “a decisão do Tribunal de Contas do Município de São Paulo vincula a Administração Municipal” (fls. 1.090).

(2º) Houve irregularidade na circunstância de que a assinatura do Contrato 18/SVMA/2000 (e a constituição da SPE) não contou com a participação da Inepar Energia S.A, empresa que integrou o consórcio que participou da licitação para a exploração de gás do Aterro Bandeirantes?

Ponderação da SVMA-AJ: tal situação impedia a assinatura do contrato (fls. 1.090).

(3º) Houve irregularidade no firmamento do contrato, bem assim nos três primeiros aditamentos, na medida da desconformidade com a minuta do contrato anexa ao edital da licitação, no tocante aos prazos e condições para a implantação do projeto?

Ponderação da SVMA-AJ: configuração de ilegalidade; “nos termos dos artigos 38, inciso X, 40, §2º, inciso III e 41 ‘caput’ da Lei Federal nº 8.666, de 21 de julho de 1993, constituindo causa para a anulação dos aditamentos” (fls. 1.090).

(4º) A alteração da composição societária da Biogás, sem a devida comunicação prévia à Municipalidade, constitui irregularidade passível de declaração de nulidade do contrato?

Ponderação da SVMA-AJ: violação ao art. 27 da Lei n.º 8.987/95, motivo para a “declaração da caducidade da concessão” (fls. 1.090).

do Processo nº 2013-0.250.535-8

Folha de Informação nº 1096
em 30 / 09 / 14
Jussara R. Costa Oliveira
AGPP - RF 739.9792.00.
PGMAJC

(5º) A comunicação feita *a posteriori* ao Município, assim também a autorização dada pelo então Secretário do Verde e do Meio Ambiente, no que se refere à transferência de ações e de controle da concessionária, são válidas?

Ponderação da SVMA-AJ: "eventual comunicação *a posteriori* não supre a necessária autorização do poder concedente" (fls. 1.090).

(6º) A descaracterização da Biogás como sociedade de propósito específico é passível de regularização ou constitui causa para a anulação do contrato ou declaração de sua caducidade?

Ponderação da SVMA-AJ: "a concessionária perdeu sua natureza de sociedade de propósito específico e sua finalidade única", de modo a se configurar "grave irregularidade da contratação e causa para a caducidade da concessão" (fls. 1.091).

(7º) A retirada de todas as empresas do consórcio vencedor, bem como a transferência acionária ao longo do contrato, caracterizam violação ao princípio licitatório?

Ponderação da SVMA-AJ: vide ponderação referente ao 4º questionamento.

(8º) A inexistência de estudos acerca do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato impede qualquer modificação ou alteração na contratação?

Ponderação da SVMA-AJ: "a inexistência de estudos acerca do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, por si só, impediria qualquer outra alteração da contratação" (fls. 1.091).

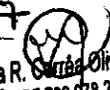
É o relatório do quanto necessário.

As considerações da Assessoria Jurídica da Secretaria do Verde e do Meio Ambiente sugerem a ocorrência de inúmeras irregularidades ao longo do Contrato n.º 018/SVMA/2000, firmado com a empresa Biogás Energia Ambiental S/A. Algumas desconformidades recomendariam a invalidação da avença; outras, a declaração de sua caducidade.

Verifica-se que a SVMA posiciona-se no sentido da extinção do contrato em tela, pelas razões expostas acima.

Tal postura por parte da Assessoria Jurídica da Pasta impõe, no presente momento, não a superação das dúvidas jurídicas suscitadas, mas o início de um procedimento tendente à análise das eventuais desconformidades,

do Processo nº 2013-0.250.535-8

Folha de Informação nº 1097
em 30 / 09 / 14 
Jussara R. Silva Oliveira
AGPP - RF 739.978.2.00
PGM/ALC

para fins de avaliação das consequências daí decorrentes – em síntese, a manutenção ou a extinção da concessão.

Compreende-se equivocada a sequência procedimental sugerida pela SVMA-AJ. Não se deve primeiro concluir por eventual ilegalidade ou descumprimento do contrato em andamento, para daí se oferecer oportunidade de defesa ao concessionário. O devido processo legal obedece a uma lógica inversa, assentada na dialética baseada na tríade tese-antítese-síntese. Nesse sentido, vislumbrada a ocorrência de desconformidades, imprescindível a instauração desde já de procedimento contraditório tendente à sua efetiva verificação, bem assim à análise das consequências daí decorrentes.

Para além dos evidentes princípios constitucionais envolvidos, é o que impõe especificamente a Lei federal n.º 8.987/95, em seu art. 38, §§ 2º e 3º.

Ademais, a análise acerca da possibilidade de saneamento das desconformidades pressupõe a prévia verificação de eventuais prejuízos². Tal aspecto não se encontra plenamente esclarecido pela SVMA em relação às desconformidades apontadas.

Deste modo, na medida em que a SVMA-AJ expõe a ocorrência de vícios e descumprimentos envolvendo a avença, duas são as medidas que, por ora, se entendem recomendáveis.

A primeira envolve a suspensão da análise da pretensão formulada no âmbito do presente expediente, seja pelo pressuposto lógico-jurídico adstrito às eventuais desconformidades pretéritas, seja pela decisão tomada pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo, que reputou o contrato ilegal em razão da descaracterização do Biogás como sociedade de propósito específico.

A segunda refere-se ao início de procedimento, *ex vi* do art. 38, §§ 2º e 3º da Lei n.º 8.987/95. Convém salientar que a possibilidade de saneamento deve ser analisada à luz dos prejuízos efetivamente existentes, a serem devidamente apontados pela Pasta gerenciadora do contrato.

No tocante à decisão tomada no âmbito do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, imprescindíveis algumas considerações.

² É o que salienta, no âmbito doutrinário, Marçal Justen Filho, para quem, na hipótese de caducidade por descumprimento ao art. 27 da Lei n.º 8.987/95, incabível a extinção “pelo argumento da ausência de anuência prévia, se nenhum outro prejuízo se verificou para o interesse público” (*Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, São Paulo: Dialética, p. 603).

do Processo nº 2013-0.250.535-8

Folha de Informação nº 1098
em 30 / 09 / 2013
Assessoria Jurídico-Consultiva
AGPP - RP 730/78.2.00
PGM-AJC

A Procuradoria Geral do Município de São Paulo, por intermédio desta Assessoria Jurídico-Consultiva, já se pronunciou diversas vezes acerca da competência do Tribunal de Contas no âmbito do controle dos contratos administrativos³.

Interessa-nos a manifestação expedida no parecer ementado sob o n.º 11.088, com o teor a seguir: "Licitação. Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Discussão sobre sua competência para sustar contratos e demais instrumentos previstos na Lei n.º 8.666/93. Natureza jurídica das decisões proferidas pelo TCM que determinam a sustação liminar de contratos e procedimentos licitatórios em curso". Convém apontar que a conclusão alcançada pela Secretaria dos Negócios Jurídicos foi no seguinte sentido: "em face da complexidade que envolve a questão da competência constitucional dos Tribunais de Contas, da natureza jurídica e eficácia das suas decisões, matéria objeto de polêmica doutrinária e jurisprudencial, o posicionamento a ser adotado quanto ao cumprimento de determinação contida em acórdão proferido pelo TCM seja sempre precedido de análise, caso a caso, por parte da Assessoria Jurídica competente, submetendo à manifestação da Procuradoria Geral do Município e desta Secretaria, se necessário" (Informação n.º 1.671a/2007-SNJ.G).

Nesse sentido, embora não conste qualquer determinação de sustação do contrato pela Câmara Municipal (cf. art. 71, §1º, CF e art. 48, §1º, da LOMSP), bem como qualquer desdobramento em relação ao quanto preconizado no art. 71, §2º, CF, as providências ora sugeridas por esta PGM-AJC representam o necessário consectário da questão reputada como ilegal pelo Tribunal de Contas do Município.

Por fim, convém apontar que as matérias fáticas envolvidas no caso presente são múltiplas e complexas, abarcando a tramitação de um contrato de concessão firmado em 2000. Tais circunstâncias devem ser minuciosamente descritas e apontadas pela SVMA, como eventual motivação para as conclusões a serem expedidas pela mesma Pasta.

Não cabe a esta Assessoria Jurídico-Consultiva realizar um saneamento *ab initio* e integral do contrato, sob o pálio da verificação de desconformidades apontadas pela SVMA, que não avaliou a questão pelo prisma do prejuízo correspondente, bem assim de todo o histórico do contrato. Trata-se de uma atribuição que compete originariamente à SVMA, gestora da

³ A despeito de não ser conveniente proceder a uma exposição de todas as posições expedidas por esta PGM-AJC, entende-se pertinente fazer alusão ao pioneiro parecer expedido no ano de 1992 (folha de informação n.º 04PGM v.48/01). Entre as conclusões alcançadas pela PGM, vale consignar a seguinte: "não se aplica ao Município de São Paulo a regra da CF, artigo 71, §2º, não reproduzida na LOMSP". Tal conclusão foi acolhida pela Secretaria dos Negócios Jurídicos (cf. decisão de 8 de abril de 1992). Vale salientar que tal posição foi *implicitamente* repelida por esta mesma PGM-AJC nas manifestações que se sucederam, conforme se extrai das manifestações vertidas nos pareceres ementados sob o n.º 11.088 e 11.203.

do Processo nº 2013-0.250.535-8

Folha de Informação nº 1099
em 30 / 09 / 14


Jussara R. Cordeiro
AGPP - RF 739.978.2.00
PGM/AJC

avença, com a participação de seus órgãos internos – sobretudo os jurídicos e técnicos. Ademais, a posição da Pasta deve levar em consideração, de modo expresse, as decisões e as análises jurídicas já efetuadas no âmbito do Contrato n.º 018/SVMA/2000, suscitadas apenas *en passant*.

Desta forma, a título de conclusão, recomenda-se à Secretaria do Verde e do Meio Ambiente:

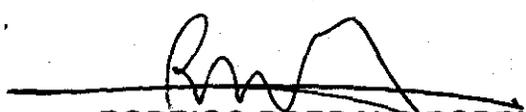
I – Suspender a análise formulada no presente expediente;

II – Em atenção à ilegalidade suscitada pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo, iniciar procedimento de sua verificação e das consequências daí decorrentes, nos termos dos parâmetros acima colacionados;

III – Em relação às desconformidades e descumprimentos apontados pela SVMA-AJ, iniciar procedimento tendente à análise da possibilidade de saneamento, bem como da verificação das vicissitudes apontadas, conforme os parâmetros acima referidos, nos termos do art. 38, §§ 2º e 3º, da Lei n.º 8.987/95.

Com essas considerações, sugerimos submeter o presente à Secretaria dos Negócios Jurídicos, para deliberação conclusiva.

São Paulo, 8 de setembro de 2014.


RODRIGO BORDALO RODRIGUES
PROCURADOR DO MUNICÍPIO
OAB/SP nº 183.508
PGM/AJC

De acordo.

São Paulo, 10 / 09 / 2014.


TIAGO ROSSI
PROCURADOR ASSESSOR CHEFE - AJC
OAB/SP 195.910
PGM

do Processo nº 2013-0.250.535-8

Folha de Informação nº 1100
em 30 / 09 / 14 

INTERESSADO: BIOGÁS ENERGIA AMBIENTAL S/A

Jussara R. Corrêa Oliveira
AGPP - RF 739.978/2.00
PGM-AJC

ASSUNTO: Contrato n.º 018/SVMA/2000. Concessão para a exploração de gás bioquímico. Aterro Sanitário Bandeirantes. Pedido de anuência para a alteração da composição societária da concessionária.

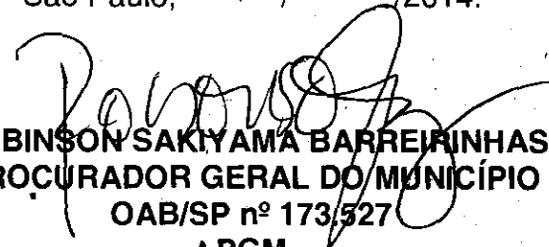
Cont. da Informação nº 1.289/2014 – PGM.AJC

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
Senhor Secretário**

Encaminho à Vossa Excelência a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral, que acolho integralmente, no sentido de que seja recomendado à Secretaria do Verde e do Meio Ambiente:

- I – Suspender a análise formulada no presente expediente;
- II – Em atenção à ilegalidade suscitada pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo, iniciar procedimento de sua verificação e das consequências daí decorrentes, nos termos dos parâmetros colacionados pela PGM-AJC na manifestação retro;
- III – Em relação às desconformidades e descumprimentos apontados pela SVMA-AJ, iniciar procedimento tendente à análise da possibilidade de saneamento, bem como da verificação das vicissitudes apontadas, conforme os parâmetros referidos pela PGM-AJC na manifestação retro, ex vi do art. 38, §§ 2º e 3º, da Lei n.º 8.987/95.

São Paulo, / /2014.


**ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP nº 173.527
• PGM**



**PREFEITURA DE
SÃO PAULO**

Folha de informação n.º J101

do processo n.º 2013-0.250.535-8 em 07 / 10 / 14 (a)

Martina Magdan Hussein
AGPP -
RF 043.329.4.00

INTERESSADO: BIOGÁS ENERGIA AMBIENTAL S/A

ASSUNTO: Contrato n.º 018/SVMA/2000. Pedido de anuência para alteração da composição societária da concessionária (fls. 02/04). Apontamento de irregularidades por SVMA com consulta dirigida à PGM (fls. 1072/1085). Devolução para manifestação nos termos da Portaria Conjunta n.º 6/2013-SNJ.PGM (fl. 1084). Remessa à PGM para análise e parecer acerca da anulação ou declaração da caducidade da concessão (fls. 1088/1091). Restituição com recomendações no sentido de: I - Suspender a análise formulada no presente expediente; II - Em atenção à ilegalidade suscitada pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo, iniciar procedimento de sua verificação e das consequências daí decorrentes, nos termos dos parâmetros colacionados pela PGM-AJC; III - Em relação às desconformidades e descumprimentos apontados pela SVMA-AJ, iniciar procedimento tendente à análise da possibilidade de saneamento, bem como da verificação das vicissitudes apontadas, conforme os parâmetros referidos pela PGM-AJC, *ex vi* do art. 38, §§ 2º e 3º, da Lei n.º 8987/95. Acolhimento.

Informação n.º 2717/2014 -SNJ.G.

SVMA
Senhor Secretário

Em atenção à consulta formulada (fl. 1092), restituímos o presente recomendando a suspensão da apreciação do requerimento formulado nestes autos pela interessada (fls. 02/04), com a instauração de procedimentos voltados à análise das consequências decorrentes da ilegalidade suscitada pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo (fls. 960/973), bem como das desconformidades e descumprimentos contratuais apontados pela Assessoria Jurídica dessa pasta (fls. 1088/1091) nos exatos termos da manifestação da PGM (fls. 1093/1100), que acolhemos integralmente.

São Paulo, 07.10.14

LUÍS FERNANDO MASSONETTO
Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos
SNJ.G.