

ASSESSORIA JURÍDICA

**REVISÃO ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA DE CONTRATO DE
PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA FIRMADO ENTRE O MUNICÍPIO DE
PIRACICABA E A PIRACICABA AMBIENTAL**

5º RELATÓRIO JURÍDICO

**IMPLICAÇÕES DE FATOS SUPERVENIENTES SOBRE O PROCESSO
ADMINISTRATIVO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO**

SOLICITANTE

ARES-PCJ

AGOSTO DE 2020

SUMÁRIO

1	Introdução.....	3
1.1	O necessário exame de fatos supervenientes	3
1.2	Breve resumo dos relatórios jurídicos precedentes	4
2	Manifestação do TCE	6
2.1	Vícios apontados pelo TCE.....	6
2.2	O acórdão e suas implicações.....	9
3	Sentença judicial	11
3.1	Contextualização	11
3.2	Estrutura da sentença	12
3.3	Conteúdo decisório.....	13
3.4	Mandamentos de tutela antecipada na sentença.....	16
3.5	Implicações sobre o processo de revisão	18
4	Recomendação do MPE	20
4.1	Contextualização	20
4.2	Conteúdo.....	20
4.3	Conclusões	27
5	Conclusões finais e sugestões de medidas.....	28
5.1	Suspensão imediata do processo administrativo de revisão	28
5.2	Solicitação de apuração de infrações contratuais	30
5.3	Encaminhamentos técnicos internos	31

1 Introdução

1.1 O necessário exame de fatos supervenientes

A ARES-PCJ (Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí, consórcio intermunicipal com personalidade jurídica de direito público) solicita à FADEP (Fundação para o Desenvolvimento do Ensino e da Pesquisa do Direito, entidade de apoio à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP/USP) assessoramento jurídico que aponte os impactos de sentença judicial, de manifestação do Tribunal de Contas e de Recomendação do Ministério Público do Estado de São Paulo, como fatos supervenientes, sobre o processo administrativo de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de parceria público-privada de serviços públicos de coleta e tratamento de resíduos sólidos do Município de Piracicaba.

Para se compreender a solicitação da agência, é preciso recordar que, em 2019, a ARES iniciou processo administrativo de revisão do contrato de PPP mencionado. Referido processo foi conduzido com base em pleitos apresentados pelo Município de Piracicaba como parceiro público/concedente e pela empresa Piracicaba Ambiental como parceira privada/concessionária. Após análises preliminares, reuniões e complementações documentais, parte dos pleitos foi registrada, passando ao exame técnico jurídico por parte da FADEP e, paralelamente, à análise ambiental e econômica por parte da FIPE. Cada uma das fundações de apoio, contratadas como consultoras técnicas, elaborou pareceres apartados a respeito do mérito dos referidos pleitos e os cálculos de revisão do contrato.

No momento de exame técnico dos pleitos e da elaboração dos referidos pareceres, etapa instrutória do processo administrativo de revisão, ainda não havia sido prolatada a sentença judicial, nem o Tribunal de Contas havia se manifestado. Também a recomendação do Ministério Público foi encaminhada após a emissão da sentença e dos referidos pareceres da FIPE e da FADEP, ou seja, após a conclusão da instrução e durante a fase de participação popular do processo de reequilíbrio econômico-financeiro conduzido pela ARES. Deve-se ainda anotar que as partes contratantes, ao trazerem os pleitos para o processo administrativo de reequilíbrio, não indicaram à agência e às fundações de consultoria ações judiciais ou outros fatos externos que pudessem impactar o andamento da revisão.

Exatamente por isso, o processo administrativo regulatório seguiu seu curso dentro da legalidade. Agora, porém, faz-se imprescindível verificar se esse curso deve ou não ser suspenso e como a agência reguladora deverá se comportar principalmente diante dos mandamentos judiciais. Ademais, cumpre verificar se e em que medida o exame econômico dos pleitos ficou comprometido em virtude desses fatos supervenientes.

1.2 Breve resumo dos relatórios jurídicos precedentes

Para se compreender esse 5º relatório jurídico, é preciso resgatar o histórico dos relatórios anteriormente apresentados no curso do processo administrativo de revisão e, ato contínuo, demonstrar como a manifestação do Tribunal de Contas, a sentença da Justiça Estadual e a recomendação do Ministério Público impactam esse processo e as conclusões apontadas antes da ocorrência desses três fatos.

Em breve síntese, no 1º Relatório Jurídico, de setembro de 2019, apontaram-se os seguintes elementos: um histórico da licitação, a estrutura do contrato e seus anexos, a evolução das alterações contratuais por reajuste e revisão, o arcabouço normativo aplicável, o mapeamento obrigacional do parceiro público e do parceiro privado por temas, além de um breve exame da matriz de risco com a definição contratual dos conceitos necessários para sua aplicação (*e.g.* fato do princípio, fato da Administração etc.). Por ocasião da elaboração do primeiro relatório, inexistia sentença e tampouco apontaram as partes fatos ou processos de controle que pudessem desembocar em nulidade do edital e do contrato.

No 2º Relatório Jurídico, de outubro de 2019, explicitaram-se de início as fases do processo administrativo de reequilíbrio econômico-financeiro perante a ARES-PCJ nos termos da Resolução n. 303/2019. Buscou-se, com isso, garantir que o processo tramitasse com a devida lisura, evitando-se qualquer tipo de questionamento. Além disso, ofereceu-se uma análise ainda preliminar dos pleitos apresentados pelo parceiro privado e pelo Município de Piracicaba, indicando-se sua descrição, sua relação com as cláusulas contratuais e com a matriz de risco, bem como um arrazoado jurídico e conclusão individualizada, contendo sugestão de complementação de informações ou, quando era possível, a manifestação prévia sobre a possibilidade de registro do pleito. Para realizar essa primeira análise jurídica, a equipe da FADEP desenvolveu um formulário modelo, igualmente baseado nos requisitos da Resolução n. 303/2019.

Já o 3º e o 4º relatório jurídicos incluíram os posicionamentos jurídicos de mérito após inúmeras reuniões complementares com a agência, as partes contratantes e a FIPE, responsável pela coordenação do exame técnico de pleitos. O 3º relatório examinou cada um dos pleitos e rejeitou grande parte deles, sobretudo por falta de esclarecimentos suficientes. O relatório apontou, quando encontrados, indícios de descumprimento contratual, que deveriam ser objeto de apuração pelo Município de Piracicaba, já que a agência reguladora e as fundações consultoras não detêm competência para abrir processos sancionadores contratuais específicos de inexecução ou mora. O 4º relatório, nessa linha, apenas trouxe esclarecimentos complementares diante de manifestações e questionamentos das partes datados de maio de 2020 e baseados nas conclusões jurídicas do 3º relatório. Note-se que, nesse momento, tampouco as partes informaram qualquer manifestação do Tribunal de Contas que viesse a alterar ou prejudicar seus pleitos.

Ao longo do primeiro semestre de 2020, porém, ocorreram três fatos externos ao processo administrativo de revisão em curso na ARES, levando o Ministério Público, com a devida cautela, a suscitar dúvidas e recomendações quanto à viabilidade jurídica de continuidade e conclusão da revisão. Essas dúvidas e inquietações foram debatidas em reunião entre os consultores, o Ministério Público e a agência em julho de 2020, na qual se concluiu pela importância de um estudo mais aprofundado a destacar os impactos principalmente da sentença judicial sobre o processo de revisão, sobre os pareceres técnicos da FIPE e da FADEP que já haviam sido concluídos antes dela e, igualmente, sobre as partes contratantes, principalmente o Município, competente para apurar e punir eventuais infrações contratuais por inexecução de obrigações.

Em respeito aos entendimentos havidos nessa reunião entre regulador, Ministério Público e consultores especializados, passa-se aqui a examinar com o cuidado que a gravidade do caso requer, os três documentos expedidos nos últimos meses fora do processo administrativo de reequilíbrio, mas prejudiciais ao seu objeto e ao seu curso, quais sejam: (i) a manifestação do TCE/SP no processo 49 TC-001825/010/12; (ii) a sentença judicial do processo 0021148-58.2012.8.26.0451, do TJSP e (iii) a Recomendação Administrativa do MPE à ARES (Inquérito Civil nº 14.1096.000001/15-2).

2 Manifestação do TCE

2.1 Vícios apontados pelo TCE

O Edital de concorrência n. 05/2011, no qual se baseou a celebração da PPP administrativa em exame, teve como objeto os serviços públicos de limpeza pública e de manejo dos resíduos sólidos por meio de coleta, transporte, tratamento e destinação final de resíduos sólidos domiciliares, com implantação da Central de Tratamento de Resíduos Palmeiras, no Município de Piracicaba. Por uma série de motivos que se explorarão adiante, referido edital e o contrato dele resultante geraram inúmeros questionamentos no âmbito de órgãos de controle externo.

Particularmente, no plano do controle realizado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (doravante TCE) sobre o Município de Piracicaba, a referida parceria público-privada foi tema do processo 49 TC-001825/010/12, iniciado em 21 de dezembro de 2012 e sob relatoria do Conselheiro Dimas Ramalho. Em seu voto, apresentado em 04 de fevereiro de 2020, o conselheiro relator destacou as seguintes irregularidades da PPP, conforme identificadas pela equipe da Regional de Araras-UR 10:

- a) Não comprovação de atendimento de alguns ditames do art. 10 da Lei Federal 11.079/2004;
- b) Exigência de atestado de visita técnica, para fins de qualificação técnica em excesso ao estabelecido no art. 30 da Lei 8.666/1993 e em desabono à jurisprudência do Tribunal de Contas;
- c) Falta de referência da documentação da consulta pública às minutas do edital e do contrato, e ausência de informações previstas no inciso VI do art. 10 da Lei 11.079/04 (justificativa para a contratação; prazo e valor estimado do contrato, bem como estabelecimento de 30 dias para o recebimento de sugestões);
- d) Ausência de envio do orçamento prévio com indicação das fontes;
- e) Superação, pelos preços oferecidos pelo consórcio vencedor – único proponente habilitado –, dos valores praticados nos ajustes anteriores do Município;
- f) Admissão pelo item 10.3.4 do edital da soma das qualificações técnicas, proporcionalmente à sua participação no consórcio, contrariando o art.

33, III, da Lei 8.666/1993 e desatendendo ao determinado nas representações n. TC-14525/026/11; n. TC-14529/026/11; n. TC-14530/026/11 e n. TC14689/026/11;

- g) Do total previsto para investimentos ao final dos 20 anos da concessão administrativa (R\$ 99.403.372,00), 73,68% (ou seja, R\$ 73.238.522,00) tiveram previsão de aplicação nos primeiros quatro anos, quadriênio em que a Prefeitura desembolsou R\$ 146.155.875,36 (R\$ 3.044.914,07/mês), o que revela a desnecessidade da formação da PPP na modalidade administrativa; e
- h) *Previsão contratual da possibilidade de obtenção de receitas extraordinárias pela SPE (cláusula 15.2), sem qualquer estimativa de valor e a forma de controle ou, ainda, se haveria compartilhamento dessas receitas com a Administração Municipal, conforme exigido pelo Inciso IX do art. 5º da Lei nº 11.079/2004.*

Ao longo do processo do TCE, após a notificação, a Prefeitura apresentou razões e igualmente o fez o Consórcio Piracicaba Ambiental. Já o Ministério Público de Contas posicionou-se pela irregularidade das contas. Após dilação probatória determinada pelo Conselheiro, os envolvidos se manifestaram e o Ministério Público de Contas reiterou a irregularidade das contas. Por fim, o Conselheiro relator, Dimas Ramalho:

- a) Acolheu os argumentos da Prefeitura relacionados à ausência de estudos técnicos demonstrativos da conveniência e oportunidade da contratação e sobre a tecnologia a ser empregada, uma vez que, por algumas representações, restou concluído que a prefeitura demonstrou estar trabalhando e se aprimorando;
- b) Afastou também a crítica quanto à falta de republicação do Edital, contendo alteração no item 10.3.4, que tratou do somatório das qualificações técnicas de empresas consorciadas, porquanto, nas representações acima relacionadas, fora determinado fazer valer o estritamente preceituado no inciso III do art. 33 da lei nº 8.666/93 e não a proporcionalidade, quando da avaliação da documentação eventualmente apresentada. Afirma que não seria o caso de condenação da exigência de realização de visita técnica, a ser agendada e cumprida entre 07/03 a 15/04/11, quando conside-

rados o objeto licitado e o prazo mínimo assegurado de 30 dias da publicação do edital (04/03/11). Não considerou reprovável a inclusão no bojo do contrato de atividade de educação ambiental destinada à população de Piracicaba;

- c) Registrou que o comunicado para a audiência pública não teria cumprido os requisitos legais do art. 10, inciso IV da Lei 11.079/04;
- d) Notou, quanto ao preço avençado, a falta de comprovação das fontes de consulta e falha na demonstração dos parâmetros de mercado para tanto, dada a grande variação para cima dos valores dos serviços de coleta, transporte e destinação final dos resíduos sólidos domiciliares e de varrição de vias e logradouros públicos;
- e) Considerou que a Prefeitura não apresentou a individualização dos preços, nem a necessária prova da adequação desses valores aos praticados no mercado, bem como os valores utilizados na comparação referem-se ao serviço;
- f) Afirmou que o valor contratado superou o orçamento pela Prefeitura de Piracicaba, de acordo com a única proposta oferecida na concorrência, infringindo o art. 48, II, da Lei nº 8.666/1993;
- g) Observou que, apesar de a SPE ter assegurado que os preços da Prefeitura datavam de março de 2011, sua proposta é de junho de 2011, tendo ocorrido o reajuste salarial dos profissionais da categoria SIEMACO da ordem de 7%, revelando que o preço base estava 4% defasado. As partes não teriam demonstrado esses impactos e os valores da Prefeitura datam de março de 2010 e não março de 2011, o que evidenciaria a falta de compromisso com os recursos públicos;
- h) Quanto à questão da alteração, sem modificação do objeto, do prazo de vigência de 15 anos para 20 anos, prorrogáveis, e do orçamento R\$ 428.244.000,00 para R\$ 711.545.498,54, conforme os editais 20/2009 e 05/2011, concluiu que o aumento de preços é injustificado;
- i) Afirmou que tais alterações de prazo e de preço objetivamente induziram o objeto, inicialmente previsto a um custo médio mensal de R\$ 2.676.525,00, para a média de R\$ 2.964.772,91. Essa conta rasa contrariaria o argumento de que o incremento de alguns investimentos de capital poderia resultar em uma maior tarifa/contraprestação e, assim, para que não ocorresse alta da contraprestação mensal, alongou-se o prazo para

amortização;

- j) Esclareceu que, do total de investimentos previstos para a vigência do contrato (20 anos), 73,67% seriam executados no primeiro quadriênio da execução, não estando demonstrada falta de capacidade de investimento da Prefeitura;
- k) Concluiu que a contraprestação da Prefeitura à SPE superaria em muito o valor dos investimentos necessários, contradizendo a alegação de incapacidade de investimento do Município, motivo da formação da PPP, e tornando obscura a vantagem econômica exigida no art. 4º, VII, da Lei nº 11.079/04;
- l) Assim, com a falta da demonstração da incapacidade financeira Municipal para suportar os vultosos investimentos, constatou a plena capacidade para investimentos da Municipalidade, tornando sem fundamento a concessão administrativa; e
- m) Advertiu que os contratantes não apresentaram justificativas para o pagamento, nos quatro primeiros anos do ajuste, de acordo com o cronograma de investimentos da contratada, de mais de 73% do montante de investimentos previstos para os vinte anos, conduzindo em desfavor para o Poder Público a equação contratual, em contrariedade do que dispõem os incisos VI e VII do art. 4º da Lei n. 11.079/2004. Considerando a contraprestação mensal inicial prevista de R\$ 3.044.914,07, a SPE teria recebido R\$ 146.155.875,36 ao cabo de 48 meses e, de acordo com plano de negócios da concessão administrativa, nesse quadriênio, os custos das despesas operacionais somariam R\$ 94.936.239,00 e dos investimentos R\$ 73.238.522,00, totalizando R\$ 168.174.761,00, gerando saldo de R\$ 22.018.886,00, a revelar que perspectiva financeira seria demasiadamente favorável à SPE.

2.2 O acórdão e suas implicações

O julgamento desse processo em curso no Tribunal de Contas ocorreu em 13 de fevereiro de 2020, ocasião em que os conselheiros Dimas Ramalho, relator, Renato Martins Costa, Presidente, e Samy Wurman, Auditor Substituto de Conselheiro, acordaram, seguindo o voto do relator:

- (i) *Reconhecer a irregularidade da licitação na modalidade concorrência e do contrato celebrados;*

- (ii) *Cominar multa no importe de 250 (duzentos e cinquenta) Ufesps ao responsável, Sr. Barjas Negri e*
- (iii) *Determinar, no prazo de 30 (trinta) dias, que o Chefe do Executivo de Piracicaba apresentasse à referida Corte de Contas as medidas adotadas para imediata recomposição do erário municipal.*

Em especial, o reconhecimento da irregularidade da licitação e do contrato por ela gerado, bem como a determinação para que o Prefeito demonstre as medidas adotadas para recompor os prejuízos ao Erário revelam, por si só, que a decisão administrativa do Tribunal em sua função de controle externo impacta diretamente o processo de revisão tarifária em curso perante a ARES/PCJ. Em outras palavras, o acórdão do Tribunal revela existirem valores a receber por parte do Município e esses valores somente poderão ser considerados em um processo de revisão após a indicação, pela Prefeitura, das medidas tomadas para a restituição ao Erário. Além disso, a revisão está condicionada à própria manutenção do contrato, que foi colocada em xeque não apenas pelo acórdão do TCE, mas igualmente pela sentença judicial, conforme se apontará no próximo item.

Antes de se ingressar no exame da sentença, é preciso levar em conta que o TCE se submete aos ditames da Constituição Paulista, cujo art. 33 lhe confere, entre outras, as competências para: emitir parecer sobre prestação anual de contas da administração financeira dos Municípios; assinalar prazo para que órgãos ou entidades adotem providências necessárias ao exato cumprimento da lei, desde que verificadas ilegalidades; sustar a execução de atos impugnados, quanto não atendidas as exigências, salvo no tocante aos contratos, cuja sustação dependa inicialmente de decisão do legislativo e, apenas em caso de inércia no prazo de 90 dias, será objeto de deliberação pelo Tribunal.

Todas essas competências de natureza constitucional estão espelhadas e detalhadas na Lei Complementar Paulista 709/1993, principalmente no art. 2º. Essa mesma lei disciplina: (i) o recurso ordinário, que terá efeito suspensivo, em relação à decisão singular do conselheiro ou de câmara do Tribunal (art. 56); (ii) a reconsideração, igualmente com efeito suspensivo, da decisão originária do Tribunal Pleno (art. 58); (iii) o pedido de revisão por fatos novos (art. 72); (iv) a rescisão (art. 76), entre outros instrumentos de defesa nos processos sob sua competência. Esses e outros dispositivos da Lei Orgânica do TCE revelam que a exequibilidade dos mandamentos do acórdão examinado anteriormente pode ou não se

encontrar suspensão por conta de um dos instrumentos recursais ou por ações judiciais que os questione.

Inexistindo, porém, medida impeditiva da execução do acórdão, será necessário suspender o processo administrativo de revisão perante a ARES até que o Município apresente as medidas determinadas pelo TCE, sobretudo para fins de ressarcimento ao Erário por irregularidades contratuais. Mas não é só isso. A continuidade do processo administrativo de revisão pela agência igualmente dependerá dos rumos da ação civil pública em que se discute a legalidade da licitação e do consequente contrato de PPP firmado pelo Município de Piracicaba e a Piracicaba Ambiental. É o que se abordará a seguir.

3 Sentença judicial

3.1 Contextualização

As discussões sobre o referido contrato PPP firmado por Piracicaba não se restringiram ao âmbito do controle externo realizado pelo TCE. Com a análise dos documentos trazidos agora à FADEP, observa-se que, desde 1º de agosto de 2012, por iniciativa do Ministério Público do Estado de São Paulo, doravante MPE, corre ação civil pública distribuída com pedido de antecipação de tutela em face do Município de Piracicaba, da líder do consórcio Piracicaba Ambiental, Enob Engenharia Ambiental Ltda., da Piracicaba Ambiental Sociedade Anônima e do prefeito do Município de Piracicaba, Barjas Negri. Trata-se do **processo judicial n. 0021148-58.2012.8.26.0451 em curso na 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Piracicaba.**

Em sua petição, o MPE requereu a “antecipação dos efeitos da tutela”, indeferida em agosto de 2012. Contra a decisão, o MPE então interpôs agravo de instrumento ao qual o Tribunal de Justiça negou provimento – mas, como se demonstrará, o pedido foi parcialmente deferido pelo juiz na sentença. No mérito, o *parquet* solicitou ao Judiciário: “a) a declaração de nulidade da Concorrência Pública nº 05/2011, do contrato e dos atos ordenadores de despesas; b) a condenação dos réus Enob Engenharia Ambiental Ltda., Piracicaba Ambiental S/A e Barjas Negri a indenizarem, solidariamente, o Município de Piracicaba pelos prejuízos decorrentes do procedimento licitatório e da execução do contrato administrativo...; c) a condenação do réu Barjas Negri” em sanções por improbidade administrativa.

Ato contínuo, os réus apresentaram defesa prévia e o MPE apresentou réplica. Em decisão interlocutória, o juiz recebeu a ação em decisão contra a qual interpuseram as partes agravos de instrumentos, aos quais se negou provimento. Os réus então apresentaram contestação e o MP juntou aos autos relatório de auditoria do TCE apontando irregularidades na contratação em exame. Mais tarde, depois de entregues as alegações finais, o MP igualmente juntou a decisão do TCE sobre o caso em questão, comentada anteriormente. Encerrada a instrução com intensa movimentação das partes e mais de 4 mil laudas de documentação, prolatou-se a sentença em 15 de junho de 2020.

3.2 Estrutura da sentença

Por abranger fatos complexos, envolver diversos réus e inúmeras manifestações ao longo de 8 anos de trâmite, o juiz estruturou a decisão em quatro partes centrais (fl. 07 da sentença):

- A PARTE I trata do *“descumprimento das normas relativas a publicidade, transparência, planejamento, controle social dos atos e contratos da Administração Pública na gestão de resíduos sólidos”*. Aqui, o juiz aborda os seguintes problemas da contratação: *“a) ausência de entidade reguladora; b) ausência de Conselho Municipal de Acompanhamento e Controle Social do Serviço Público de Limpeza Urbana; c) descumprimento das regras relativas à publicidade; d) ausência de Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos”*;
- A PARTE II se concentra em questões ambientais e sociais, a saber: *“a) ausência de licença ambiental prévia ou expedição de diretrizes para o licenciamento ambiental; irresponsabilização da SPE por atrasos na execução do contrato e passivo ambiental e o compartilhamento de riscos na PPP; b) descumprimento de normas relativas à coleta seletiva e redução de resíduos, agravadas pela ausência de participação dos catadores de material reciclável e condições da Central de Triagem de Materiais Recicláveis e condições da Central de Triagem de Materiais Recicláveis do bairro Ondinhas; c) ausência de estipulação e regulamentação da logística reversa”*;
- A PARTE III cuida do *“direcionamento da licitação e receitas extraordinárias”*, abrangendo a motivação sobre *“a) a alegação de conluio entre a SPE, a Prefeitura Municipal e a empresa Ziguia Engenharia Ltda. e b) a questão do com-*

partilhamento das receitas extraordinárias”. Essa parte é de especial importância para o processo de revisão, sobretudo por impactar a compreensão sobre as receitas extraordinárias e seus beneficiários; e

- A PARTE IV se refere ao “*dano ao Erário e aspectos econômico-financeiros da PPP*”, incluindo tópicos sobre “*a) legalidade da escolha da concessão de serviço público por meio de Parceria Público-Privada e valores praticados; b) critério de medição (valores dos consórcios da região; irregularidade da adoção da tonelada de resíduo coletado como critério de medição e pagamento; apuração dos danos decorrentes...*”.

Por sua longa extensão e para não se perder a objetividade desse arrazoado técnico-jurídico, para o momento, restringe-se a apresentação ao conteúdo mandamental da sentença, examinando-se em seguida a tutela antecipada nela embutida e, ao final, suas implicações sobre o processo administrativo de revisão contratual em curso na ARES/PCJ, que contou com a FADEP e a FIPE na qualidade de entidades de consultoria técnica.

3.3 Conteúdo decisório

Apesar de ter inicialmente negado a antecipação de tutela, na sentença proferida no mês de junho de 2020, o juiz acolheu parcialmente os pedidos formulados pelo Ministério Público paulista e expediu um amplo conjunto de declarações e mandamentos, divididos em cinco alíneas, sendo a última delas de especial importância, pois concedeu a antecipação de tutela e se refere expressa e diretamente ao processo de revisão em trâmite na ARES.

A essa quinta alínea, com mandamentos de eficácia e execução imediata, dedicar-se-á o item seguinte, valendo por ora observar o conteúdo das quatro primeiras alíneas da sentença, algumas delas igualmente importantes para a ARES, na medida em que dizem respeito a assuntos constantes de pleitos apresentados pela Empresa Piracicaba Ambiental e pelo Município de Piracicaba no processo administrativo de revisão. Vejamos.

Em primeiro lugar, na alínea “a”, o juiz **reconheceu e declarou a “nulidade do processo licitatório relativo ao edital de concorrência n. 05/2011 e, em consequência, do contrato e dos atos ordenadores de despesas”** em razão de violação de normas inúmeras sobre transparência, planejamento, controle social, indica-

ção prévia de regulador, publicidade, estudos de avaliação ambiental e licenciamento, execução do contrato, realização da coleta seletiva, redução de resíduos, inclusão e participação dos catadores e sobre logística reversa. Essa declaração de nulidade baseou-se na constatação, pelo juiz, de “*direcionamento doloso e sem justificativa da licitação à SPE*”, de “*ausência de regulamentação, especialmente estipulação de metas e quantitativos, das receitas extraordinárias*”, de “*ilegalidade da escolha da concessão de serviço público por meio de parceria público-privada*” e de uso de “*critério de contraprestação por tonelada de resíduo coletado*”.

Em segundo lugar, o juiz condenou os “*réus solidariamente a ressarcirem integralmente os danos ao erário causados pela conduta ímproba em razão do direcionamento da licitação*”. Esse mandamento assume especial importância e guarda pertinência ao equilíbrio econômico-financeiro, pois afeta muitas das premissas antes lançadas nos pleitos do processo de revisão. Para evitar o enriquecimento ilícito do Município, o juiz cuidadosamente apresentou especificações sobre o ressarcimento em subitens que merecem transcrição.

- “b.1) Para o ressarcimento integral do dano, a partir do prazo de encerramento previsto no cronograma para a implementação da CTR-Palmeiras, todos os valores pagos para a destinação em Aterros diversos... deverão ser devolvidos pelos corréus...”. Nesse particular, o juiz especificamente consigna que: “A fim de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, eventuais valores pagos após esta sentença deverão ser objeto de responsabilidade única e exclusiva da SPE, sem oneração dos cofres públicos...”. **Desse subitem se extrai que nenhum dos pleitos de ressarcimento por transporte de resíduos a outros aterros poderá ser atendido para momento posterior à data originariamente planejada de conclusão da CTR-Palmeiras. Valores que tenham sido pagos a esse título deverão ser devolvidos e os custos futuros do referido transporte deverão ser integralmente assumidos pela SPE. Assim, o processo de revisão fica prejudicado, restando proibido, se mantido esse mandamento da sentença, qualquer reconhecimento de direitos de recebimento de transporte para outros aterros após o termo inicial definido pelo juiz.**
- “b.2) Ante a completa omissão no compartilhamento de receitas já geradas...

a condenação da ré SPE na devolução de todo valor auferido por receitas extraordinárias ao erário público, que deverá ser redirecionado a Cooperativa Reciclador Solidário...". Esse subitem afeta os pleitos ao indicar o posicionamento judicial de que a SPE não poderá manter qualquer valor das receitas extraordinárias e, inclusive, deverá devolver as que obteve. Mantida a sentença, esse entendimento afeta qualquer posicionamento de que receitas extraordinárias possam ser direcionadas à parceira privada.

- *"b.3) A devolução de todo o montante dispendido pelo Município de Piracicaba para amortização de investimentos e remuneração sobre o capital investido, deverá ser restituído ao erário público solidariamente pelos corréus..."*.
- *"b.4) Eventuais custas, emolumentos, encargos e demais despesas processuais" deverão ser pagos após liquidação com correção e juros.*

Como se verifica, os subitens transcritos e comentados tratam principalmente dos custos de transporte de resíduos para outros aterros (b.1); dos valores de receitas extraordinárias não pagos (b.2) e dos valores de amortização de investimento e remuneração de capital (b.3). Todos esses assuntos são prejudiciais a processos administrativos de reequilíbrio econômico financeiro. Em parte, a sentença também reforça o que a FADEP havia, antes dela, consignado em seus relatórios técnicos, ou seja, a geração de receitas alternativas sem autorização prévia do parceiro público e o não compartilhamento dos valores obtidos. Porém, o juiz vai além ao estabelecer parâmetros para a distribuição das receitas, que deverão ser utilizados no ressarcimento caso mantido esse dispositivo da sentença.

Em terceiro lugar, o juiz reconheceu e declarou que, conquanto excluídos da lide, a Enob Engenharia Ambiental LTDA (líder do consórcio vencedor), a empresa alemã Kütter GmbH & CO. KG. e a empresa Piracicaba Ambiental respondem solidariamente pelo quanto determinado na sentença. E, em quarto lugar, acolheu integralmente o pedido do MP para condenar o Prefeito de Piracicaba por ato de improbidade administrativa, cominando-lhe, pelo ilícito, as sanções de ressarcimento do dano, pagamento de multa civil, suspensão dos direitos políticos.

Essas duas determinações contidas nessas alíneas 'c' e 'd' aparentemente não deflagram impactos diretos ou indiretos sobre processos administrativos de reequilíbrio. No entanto, os mandamentos da sentença não se esgotam aí, já que,

apesar de inicialmente ter indeferido pedido de antecipação de tutela, o juiz, na sentença, atendeu parcialmente o pleito do MPE nesse sentido, conforme se demonstrará nas linhas seguintes.

3.4 Mandamentos de tutela antecipada na sentença

A quinta e última alínea do dispositivo da sentença é fundamental para o processo de revisão, pois nela o juiz concedeu parcialmente as medidas solicitadas pelo MP em tutela antecipada, mas inicialmente indeferidas. Para tanto, o juiz levou em conta a necessidade dessas medidas a fim de conter danos ao erário e ao meio ambiente. De acordo com a alínea 'e', a tutela se subdividiu em 4 mandamentos centrais que consistem, resumidamente:

1. **Na determinação que a SPE em 60 dias da publicação da sentença, “apresente novo cronograma físico da implementação e funcionamento da obra prevista no contrato, em que conste o prazo para início de geração de receitas extraordinárias e sua quantificação... especialmente em relação ao composto fertilizante e ao CH₄”.** Esse mesmo subitem determina que o Município, após o prazo de 60 dias, apresente, em prazo razoável e com apoio do MP, da ARES e do Conselho Municipal competente, *“metas, critérios e quantitativos para o compartilhamento das receitas extraordinárias, objetivando a modicidade da contraprestação, tal qual previsto inicialmente no Edital e Contrato...”*. **Esse dispositivo é de especial importância para o regulador, pois, a uma, indica que a ARES deverá ajudar o Município a definir as metas e quantitativos de compartilhamento das receitas geradas por composto fertilizante, CH₄ e outras receitas. A duas, evidencia que as receitas extraordinárias deverão “objetivar a modicidade da contraprestação”, ou seja, devem ser utilizadas para reduzir o valor pago à SPE pelos serviços prestados e não como receita adicional da empresa.**
2. **Na determinação de que a SPE, também em 60 dias da publicação da sentença, compartilhe os futuros valores obtidos pela receita extraordinária CDRU e recicláveis “na proporção de, no mínimo, 50% diretamente com a Cooperativa, que deverá promover, com participação dos catadores, a promoção da política pública de reciclagem com prestação de contas ao Município de Piracicaba nas bases do convênio já firmado e à ARES-PCJ, sendo o restante explicitamente aplicado na modicidade da contraprestação... cabendo à SPE a comprovação mensal da receita, autorizada a fiscalização in loco pela**

ARES-PCJ, MP, Prefeitura de Piracicaba e demais conselhos...". Esse mandamento estabelece que: (i) ao menos metade do montante mensal das receitas extraordinárias de CDRU e recicláveis deve ser direcionada à cooperativa e (ii) a outra metade deverá ser empregada para reduzir a contraprestação do parceiro público ao privado. Disso resulta que não poderá ser utilizada qualquer parcela da receita alternativa para outra finalidade, por exemplo, para elevar a receita do parceiro privado sem uma proporcional redução da contraprestação.

3. Na determinação de que o Município e a SPE apresentem, no mesmo prazo dos itens anteriores e em conformidade com as diretrizes nacionais de saneamento, a política nacional e local de resíduos sólidos, e o manual do MMA sobre Planos de Gestão de Resíduos, *“um cronograma que contemple a redução anual e progressiva dos resíduos sólidos urbanos do Município de Piracicaba”,* que valerá como *“teto para a contraprestação por tonelada...”*. **Esse dispositivo prevê que a contraprestação não supere os tetos decrescentes previstos para cada ano. Com isso, a sentença busca evitar que o sistema de remuneração (por tonelada de resíduos coletado) sirva como um estímulo à geração de resíduos ou, ao menos, como um desestímulo à adoção de medidas que os reduza. Para que essa medida venha a ter impacto em qualquer processo de revisão, os percentuais deverão ser estabelecidos pelo Município e pela SPE e devidamente enviados para ciência do regulador.**
4. Na determinação de que o Município de Piracicaba e seu Prefeito observem o art. 26 da LINDB e as determinações contidas na sentença sob pena de responsabilização. Vale lembrar que o referido art. 26 da LINDB prevê a celebração de compromissos para eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa.
5. Na proibição de *“realinhamento/revisão para suposto reequilíbrio econômico-financeiro do contrato com base na teoria da imprevisão até o trânsito em julgado, ressalvado o reajuste (atualização) nos termos prefixados no contrato”*. Essa é certamente a principal determinação da sentença para o regulador. O juiz a fundamenta pela *“manifesta desproporção entre o serviço prestado e o valor já antecipado pelo Município de Piracicaba a SPE... anterior à execução das obras e serviços, conforme constatado pelo TCE-SP”*. **Com isso, desde a sentença,**

o reequilíbrio da PPP não poderá ter outro objeto, senão o de atualizar monetariamente a tarifa diante de eventual corrosão da moeda pelo efeito da inflação. O exame de qualquer tipo de pleito fica, portanto, imediatamente obstado e prejudicado.

3.5 Implicações sobre o processo de revisão

A sentença incluiu, em seu dispositivo, cinco alíneas com denso conteúdo mandamental. Ressalte-se que as quatro primeiras conformam a parte principal da decisão e serão aplicáveis assim que o processo transitar em julgado ou, antes disso, caso recurso de apelação interposto pelos réus não receba efeito suspensivo para evitar dano irreparável às partes nos termos do art. 14 da Lei de Ação Civil Pública. Na falta do duplo efeito, poderá ser realizada a execução provisória de certos mandamentos, salvo para aqueles condicionados ao trânsito em julgado, como a sanção de suspensão de direitos políticos, nos termos do art. 20, *caput* da Lei de Improbidade Administrativa.

Soma-se a isso a antecipação de tutela em sede de sentença, cuja implicação concreta é o cumprimento imediato da sentença no respectivo tópico condenatório, o qual só poderá ser afastado por eventual decisão monocrática do relator em sede de recurso de apelação.

Para orientar a ARES em suas tarefas de regulação, é necessário diferenciar os potenciais cenários futuros do processo judicial, levando em conta a probabilidade de interposição de recurso de apelação e outros recursos para Tribunais Superiores. Nesse sentido, é concebível apartar pelo menos três destinos à sentença e, por conseguinte, ao processo administrativo de revisão que ela afeta:

- (i) **Se a sentença for integralmente mantida e transitar em julgado**, quer pela ausência de recursos, quer pelo não provimento de recursos nos Tribunais, a declaração de nulidade da licitação e do contrato de PPP administrativa e todos os outros mandamentos se cristalizarão. Assim, reconhecida definitivamente a nulidade do contrato, a prática de todos os atos subsequentes e acessórios a ele, incluindo processos e atos administrativo de reequilíbrio econômico-financeiro, tornar-se-á fática e juridicamente impossível.
- (ii) **Se a sentença for integralmente revertida**, entendendo algum Tribunal que inexistente nulidade da licitação e do contrato, de modo a dar

provimento a eventuais recursos dos réus, então o processo administrativo de revisão perante a ARES voltará a correr em cumprimento ao que manda o contrato de PPP e a legislação concessória.

- (iii) **Se a sentença for parcialmente modificada**, em virtude de provimento de recursos judiciais interpostos pelos réus, é possível que a nulidade da licitação e do contrato seja afastada, mas que se mantenham as determinações do juiz, por exemplo, no tocante às receitas extraordinárias e aos custos de transporte. Isso exigirá um exame dos termos do acórdão no futuro para se esclarecer exatamente o espaço de discricionariedade do regulador no exame e atendimento de pleitos de reequilíbrio das partes contratantes.

Independentemente desses hipotéticos desfechos, fato é que a sentença em-bute, na alínea 'e' do dispositivo, a antecipação de tutela. Esses mandamentos são exequíveis imediatamente e enquanto não sobrevier, em sede de Tribunal, decisão definitiva ou decisão – monocrática ou colegiada – que revogue a antecipação de tutela concedida na sentença. Como explicitou o juiz, eles se impuseram pela necessidade de evitar danos ao erário e ao ambiente enquanto o processo judicial não se conclui. Exatamente por isso, os réus, bem como outros sujeitos neles mencionados, inclusive a ARES, deverão tomar as medidas necessárias para concretizar a ordem judicial em vigor, sob pena de responsabilização.

Isso evidencia que, **enquanto o processo durar, ou até que haja eventual reversão da tutela antecipada em sede recursal, o processo de revisão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro está completamente obstado, sob pena inclusive de incidência em ato atentatório à dignidade da justiça** (*ex vi* art. 77, IV e § 2º do CPC). Nesse período, admissível à luz da sentença será apenas o reajuste ou atualização para fazer frente a eventual corrosão do valor da moeda pelo efeito da inflação. Essa conclusão será afastada tão somente caso eventual recurso de apelação seja recebido com efeito suspensivo da tutela antecipada. Mesmo nessa situação de suspensão da tutela judicial, sugere-se evitar processos de revisão sem que antes o Município conclua processos sancionadores contratuais, ou seja, processos para apuração de indícios de violação de cláusulas da PPP, já que a conclusão desses processos é capaz de impactar o equilíbrio econômico do contrato e o exame dos pleitos.

4 Recomendação do MPE

4.1 Contextualização

Em virtude da prolação da sentença e considerando seus impactos sobre o processo administrativo de revisão em curso, o MPE enviou à ARES em 18 de junho de 2020 detalhada Recomendação, que se estrutura em seis partes centrais, quais sejam: (i) do processo administrativo de revisão; (ii) da sentença de nulidade do contrato de PPP e do edital em que ele se baseou; (iii) da atualização e adequação da tecnologia de tratamento de resíduos; (iv) da regionalização; (v) da falta de recuperação do aterro Pau Queimado e (vi) do comprometimento da participação popular no processo de revisão. O item a seguir resume aspectos centrais da recomendação para, em seguida, tratar de suas implicações, levando-se em conta a sentença já examinada.

4.2 Conteúdo

A **PRIMEIRA PARTE DA RECOMENDAÇÃO** (fls. 04 a 07) trata, como dito, *“do processo administrativo de revisão ordinária da PPP”*. Nele, o MP destaca o trâmite do Processo Administrativo ARES-PCJ nº 94/019, voltado ao reequilíbrio econômico-financeiro da PPP e guiado pelo Parecer Consolidado ARES PCJ nº 18/2020 – CRO, que contém a apreciação técnica dos pleitos. À luz da manifestação do Tribunal de Contas e da Justiça estadual, o MP então apresenta sua adequada preocupação com as próximas etapas desse processo administrativo, ou seja, com a realização de audiências públicas, encaminhamento ao conselho competente, expedição da resolução de reequilíbrio e aditamento contratual.

A **SEGUNDA PARTE DA RECOMENDAÇÃO** (fls. 07 a 13) ressalta, nesse mesmo sentido, o conteúdo da sentença judicial que, entre inúmeros outros mandamentos e declarações, reconheceu a *“nulidade do edital de concorrência n. 05/2011 e do contrato de PPP”*. Referida sentença – realça o *parquet* – constatou a desnecessidade e onerosidade da escolha feita pelos gestores públicos do Município de Piracicaba pela modalidade de contrato de PPP administrativa – problema igualmente apontado pelo TCE. Por esses e outros motivos, **o MP reforça o dispositivo da sentença, já comentado nesse arrazoado, que proibiu reequilíbrio econômico-financeiro enquanto durar o processo judicial e recomenda a suspensão do processo administrativo na agência. Nos termos da recomendação, para além da sentença, essa suspensão seria igualmente imprescindível**

para se reanalisar aspectos relevantes, principalmente relativos a mudança de tecnologia, regionalização, acordos com terceiros, entre outros problemas.

A **TERCEIRA PARTE DA RECOMENDAÇÃO** (fls. 13 a 25) cuida especialmente da *“atualização e adequação da tecnologia e metodologia de tratamento dos resíduos sólidos”*. Esse item traz informações sensíveis e relevantes do ponto de vista técnico, sobretudo para a análise dos pleitos envolvidos no processo de revisão – informações que não haviam sido mencionadas pelas partes contratantes em qualquer momento anterior. Segundo o MP, em apertada síntese:

- O Parecer Consolidado ARES PCJ nº 18/2020 – CRO teria validado a alteração de rota tecnológica e da metodologia de tratamento de resíduos solicitada pela SPE, ou seja, teria aceitado a passagem da tecnologia de tratamento mecânico-biológico (TMB) para a implantação da unidade de geração de combustível derivado de resíduos (CDRU).
- O Município, porém, somente autorizou referida mudança em janeiro de 2020 no curso do processo de revisão, ou seja, após a empresa ter realizado e implantado unilateralmente as modificações. A esse respeito, vale registrar que pareceres anteriores FADEP também destacaram a presença de indícios de violação contratual por troca tecnologia sem autorização prévia.
- A empresa não apresentou provas quanto à alteração da granulometria dos resíduos coletados após a assinatura do contrato e que, caso isso tivesse ocorrido, deveria ter contatado o parceiro público antes de qualquer alteração da tecnologia ordinariamente pactuada.
- A empresa não demonstrou, nem se discutiram fatos que inviabilizassem o que se pactuara inicialmente em termos tecnológicos ou que ensejassem dificuldades imprevistas ou imprevisíveis na execução.
- A mudança tecnológica seria possível tão somente: após a implantação completa do sistema; mediante prévia análise e aprovação de estudo de viabilidade técnica, ambiental e econômica, por parte da entidade reguladora; desde que observadas as demais condições pactuadas; com a definição das condições em que se dará o uso da tecnologia proposta, considerando especialmente os aspectos ambientais e os relacionados ao investimento necessário à geração de receitas extraordinárias.

- Nenhum dos requisitos anteriores teria sido atendido no caso e inexistiria avaliação dos impactos regulatórios, econômicos e ambientais das modificações tecnológicas apresentadas, bem dos impactos decorrentes da não instalação completa de todos os biodigestores. Tais análises seriam esperadas pela contratação da FIPE, segundo afirma o *parquet*.
- A implantação dos biodigestores, assim como de outros equipamentos como os *flares*, seriam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações contratuais, inclusive no que se refere à geração de receitas acessórias advindas da comercialização dos créditos de carbono.
- O aproveitamento energético não estaria ocorrendo, uma vez que os queimadores de biogás continuariam operando no aterro, sem que fossem direcionados para o *flare* instalado próximo do biodigestor. Além disso, até dezembro de 2019, inexistiriam estrutura para promover a coleta, redirecionamento e aproveitamento do biogás (exigida pelo contrato) e instrumentos de avaliação da queima (requeridos pelo órgão ambiental conforme **Parecer Técnico nº 0594959** de 07/01/2020).
- **A FIPE, apesar de rejeitar o pedido de anulação de tal receita acessória, por terem os créditos de carbono constado expressamente do contrato e integrado o Plano de Negócios, apenas teria considerado nula esta receita acessória até o ano 8, alterando alguns parâmetros de cálculo, decidindo por invalidar o pedido de anular as receitas acessórias decorrentes da comercialização de créditos de carbono relativas ao ano 8 (de 08/2019 a 07/2020), vez que o ano 8 está em andamento.**
- As condições para a geração dos créditos de carbono que beneficiariam o Município permanecem indefinidas, revelando-se conveniente a ponderação dos impactos financeiros da não implantação dos biodigestores, pelo menos até a próxima revisão ordinária.
- Os biodigestores não estão funcionando regularmente. Dos dois equipamentos apenas um deles tem capacidade de entrar em operação conforme o já mencionado **Parecer Técnico nº 0594959**. Não existiriam indícios de que serão instalados os equipamentos necessários para o funcionamento do segundo biodigestor. A CETESB, no **Parecer Técnico da CETESB nº 051/18/IPSR**, teria concluído o mesmo.

- Além da troca de tecnologia sem autorização, a parceira privada também teria ignorado as obrigações de implantação da compostagem em leiras e em túneis, que possibilitariam o aproveitamento da matéria orgânica na produção de composto para eventual utilização como matriz energética e produção do biogás, que poderia ser revertido em receita extraordinária. O **Parecer Técnico nº 0227091** de 03/11/2019 teria verificado que a compostagem teria sido abandonada, apesar dos equipamentos no local. Toda a matéria orgânica estaria sendo incorporada no CDR. O **Parecer Técnico CAEX nº 0171396**, de 11/09/2018 trata do assunto.
- A mudança de tecnologia sem a implantação das demais obras e serviços que compõem o fluxograma do empreendimento violaria a ordem de prioridade do art. 9º da PNRS. Materiais recicláveis e poda verde estariam sendo incorporados na preparação do CDR para aumentar seu poder calorífico, desestimulando a eficiência da coleta seletiva na origem, com vistas à segregação dos materiais recicláveis e de outros resíduos que poderiam ser melhor destinados.
- Não teriam sido avaliadas as incongruências segundo as informações levantadas na vistoria e constantes do **Parecer Técnico nº 0227091** relativas à quantidade de CDRU produzida. As quantidades mensais enviadas ao aterro sanitário seriam muito superiores às quantidades que entraram na CTR Palmeiras.
- A contratação da FIPE teria sido realizada visando dar início às atividades de consultoria técnica e econômica para apoio na avaliação de pleitos. Os dispositivos 1.2 a 1.2.2 do contrato nº 19/2019 dispõem que a FIPE deveria emitir parecer conclusivo acerca da referida revisão contratual, além de apurar *"custos operacionais (Opex) e de investimento (Capex), e da receita da concessão desde 2012, projeção dos custos operacionais (Opex) e de investimento (Capex)... interpretação da matriz de riscos da concessão definida... nos documentos licitatórios (edital e contrato) e diagnóstico completo da situação econômica, financeira, técnica e operacional da concessão"*. A avaliação técnica e econômica seria apoiada por estudos jurídicos da FADEP/USP, contratada pela ARES-PCJ.
- **Remanesceriam ainda diversas questões pendentes de avaliação para a conclusão do "diagnóstico completo da situação econômica, financeira,**

técnica e operacional da concessão” referido no contrato da FIPE. Seria imprescindível a implantação completa do sistema contratado e a realização de estudo de viabilidade técnica, ambiental e econômica, antes da validação pela Entidade Reguladora do abandono da tecnologia (TMB) e de suas diversas etapas. Seria igualmente importante discutir outras alternativas, além das propostas pelas partes, que melhor possam atender ao interesse público.

A QUARTA PARTE DA RECOMENDAÇÃO (fls. 25 a 34) tratou “da pretendida regionalização dos serviços de tratamento e destinação final”. A esse respeito, o MPE entende, em síntese, que:

- A diferença entre a regionalização em sentido estrito da PNRS e LDNSB e em sentido impróprio, como tratamento de resíduos de terceiros, não encontra suporte na realidade fática e jurídica, nem no conhecimento de histórico de implantação do empreendimento para tanto.
- A empresa teria claro interesse na regionalização e atender outros Municípios, embora sem indicação de limites de capacidade técnica para a realização da ampliação de atividade e de eventuais incrementos de infraestrutura.
- O Município de Piracicaba não apresentou plano de regionalização, nem indicação dos entes federativos que atuariam em conjunto, nem os modelos que gostariam de empregar à luz das alternativas previstas na legislação de saneamento e de resíduos sólidos.
- Nenhum dos requisitos elencados pela FADEP/USP, partindo do exame da LDNSB e da PNRS, foi cumprido no caso em questão. Assim, a empresa, se mantida a interpretação, lograria se desvencilhar de todos os procedimentos necessários para tal prestação de serviços regionalizada e ainda aproveitara investimentos na infraestrutura geral que não devem se confundir com investimentos para gerar receitas extraordinárias.
- Ao tratar da “regionalização”, a concessionária pretendia promover oferta regional para prestação dos mesmos serviços que compõem o objeto principal do contrato de parceria público-privada, e não a obtenção de receitas alternativas, complementares ou acessórias. A exploração de receitas acessórias deverá visar à modicidade tarifária e depende da

aprovação prévia do Município.

- Sem a anuência expressa do Município e de conhecimento da ARES-PCJ, a empresa obteve licença ambiental junto à CETESB por meio da qual foi mais que duplicada a capacidade de recebimento do CTR PALMEIRAS, para todas as suas unidades, restando autorizada a ampliação para 1.000 toneladas/dia de resíduos sólidos. No entanto, tal empreendimento foi concebido para o processar 400 toneladas/dia de resíduos sólidos urbanos, em consonância com a LOP 21006369 (CTR) e a LP 2476 (Aterro)
- A LP nº 2608 passou a autorizar a recepção de resíduos industriais – classe II, bem como a produção de combustível derivado de resíduos urbanos (CDR), o que não era admitido anteriormente, nem na licença, nem no contrato.
- A LOP nº 2100834, de 30/04/2019, autorizaria a CTR Palmeiras a receber o resíduo composto por areia de fundição, após a obtenção do CADRI. Contudo, no Anexo II – Elementos do Projeto Básico, foi expressamente previsto que o objeto do contrato de PPP se cingia à limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos domiciliares, não estando compreendidos os resíduos sólidos da construção civil, areia, terra, bota fora e resíduos sólidos industriais. Isso revela uma pretensão de alteração substancial e de ampliação do escopo do contrato, visando à utilização da infraestrutura custeada no âmbito da PPP, por meio das parcelas já pagas nos últimos 8 (oito) anos de execução, em detrimento do erário.
- As partes pretenderiam o recebimento de resíduos vedados pelo contrato e sem quaisquer informações mais amplas e consistentes sobre a eventual remuneração a ser paga para a destinação de resíduos ao CTR Palmeiras. Nesse sentido, a ARES PCJ, por meio do Ofício DE – 827/2018 enviado ao MPE no IC 14.1096.0000001/2015-2 em 21 de julho de 2018, notificou à Prefeitura e a SEDEMA que a PPP tem por objeto resíduos sólidos domésticos e quaisquer alterações descaracterizariam a mesma.
- É fundamental que a agência, em estudo de viabilidade técnica e econômica, examine impactos dos incrementos dos serviços contratados, sobretudo porque a ampliação teria o fim de transformar as unidades que compõem o CTR – Palmeiras em regional para receber resíduos gerados nos Municípios dessa região, até um raio de cerca de 60 km, podendo

alcançar 31 Municípios, oferecendo aproveitamento energético e material dos resíduos sólidos urbanos e resíduos industriais – Classe II de todos esses Municípios. Isso traria impactos diretos e indiretos ao contrato.

- A Prefeitura não realizou, até o momento, a estimativa de impacto orçamentário-financeiro e demais repercussões ambientais, técnicas e econômicas em relação à pretendida regionalização, o que ocasionará significativa redução da vida útil do Aterro Sanitário Palmeiras, planejada para 39 anos para 24 anos, conforme **Parecer Técnico CETESB nº 051/18/IPSR**.
- A exploração de receitas extraordinárias depende de prévia aprovação pelo Município, que seria dada desde que não acarretasse prejuízo à normal prestação dos serviços contratados. Nesse aspecto, questiona-se a existência de interesse público na ampliação e regionalização, pois não existiriam apenas eventuais receitas a serem obtidas nessa proposta, mas também custos permanentes como eventual aumento de chorume, desgaste dos bens reversíveis, aumento considerável do tráfego de caminhões na cidade, redução da vida útil do aterro em 15 anos, entre outras consequências.
- Enfim, a validação pela ARES e pelo Município de tratamento de resíduos de terceiros como regionalização imprópria desvirtuaria o contrato de PPP, ampliando seu objeto, em evidente fraude à licitação e à vinculação do edital. No parecer, a contrapartida a esses prejuízos foi a redução da tarifa em -0,36%. Por outro lado, fora autorizado nos últimos anos o aumento da tarifa que de 2012 a 2019 representou um aumento de 75,13%.

A QUINTA PARTE DA RECOMENDAÇÃO (fls. 34-34) cuida da “*falta de recuperação do aterro Pau Queimado*”. A esse respeito, o MPE observa e recomenda o seguinte:

- Foram constatados reiterados descumprimentos das obrigações relativas ao Aterro Pau Queimado, tanto com relação à apresentação de estudos de investigação detalhada e avaliação de riscos, como em relação às obras de encerramento e de monitoramento. A Prefeitura teria falhado em não apresentar documentos necessários no referido processo de gerenciamento, o que a exporia às sanções civis, penais e administrativas.

- Diante do patente descumprimento pela empresa de obrigações e cronograma da PPP, é essencial a **instauração de processo administrativo sancionador**, levando em conta a falta de implementação do Plano de Intervenção e das medidas de remediação e monitoramento da área.
- **Mostram-se insuficientes, nesse contexto, a mera revisão do cronograma e o deslocamento de investimentos, tais como previstos nos atos opinativos constantes do processo de revisão.**

A **SEXTA PARTE DA RECOMENDAÇÃO** (fls. 36-39) trata do “*comprometimento da Participação Social*” no processo administrativo de revisão. Para o MP, mostram-se fundamentais a participação social e o direito à informação nas políticas de controle de gestão integrada de resíduos. Assim, considera inócua a realização de consulta pública para garantir um processo legítimo e democrático de discussões, uma vez que, no atual momento da pandemia de COVID-19, a sociedade tem dificuldade de participar efetivamente.

4.3 Conclusões

Em suas conclusões, o MP recomenda, de imediato, a suspensão da revisão ordinária em curso na agência. Essa recomendação está alinhada claramente ao dispositivo ‘e’ da sentença judicial, que, ao conceder parcialmente a antecipação de tutela, impede reequilíbrio e autorização exclusivamente atualização ou reajuste.

Além disso, no tocante ao conteúdo contratual, o MP recomenda que, anteriormente à validação de “atualização” ou “modificação” da tecnologia contratada (TMB) para a produção de Combustível Derivado de Resíduos (CDR), para recebimento de resíduos industriais e de areia de fundição, bem como da “regionalização” da prestação de serviços: a) seja “*observada a exigência de implantação completa de todas as etapas do sistema contratado, bem como realização de estudo de viabilidade técnica, ambiental e econômica*”; sejam “*b. apurados os descumprimentos contratuais relacionados ao empreendimento em questão*” e “*c. cumpridos requisitos legais exigíveis à ‘regionalização’ (...)*”, os quais constam originariamente do 3º Relatório Jurídico da FADEP.

No que toca ao trabalho técnico realizado ao longo do processo administrativo de revisão, o *parquet* recomenda que a **complementação do diagnóstico da**

situação econômica, financeira, técnica e operacional da concessão pelas contratadas e pela ARES, levando em conta os aspectos mencionados na sentença. Essa recomendação é de especial importância para os pareceres técnicos. Como se demonstrou ao final do resumo da PARTE III da recomendação, mencionando diretamente o contrato com a FIPE, o MP considerou que uma avaliação técnica e econômica mais abrangente, sobretudo no tocante ao funcionamento das tecnologias e às novas tecnologias deveria ser realizada. Nesse particular, vale notar que **o MP encaminha junto com sua recomendação pareceres técnicos que devem ser considerados pela FIPE para eventuais providências.**

Também recomenda, em conclusão, a designação de audiências públicas após o cumprimento das providências necessárias, de forma a assegurar a ampla participação da sociedade civil, além de esclarecimentos e comprovação documental das providências adotadas em relação a cada um dos itens da presente recomendação.

5 Conclusões finais e sugestões de medidas

O exame da decisão do TCE/SP, da sentença judicial prolatada pela 1ª Vara da Fazenda Pública do Município de Piracicaba e das recomendações do Ministério Público permitem sugerir à ARES, na qualidade de ente regulador, com suas funções ancoradas e simultaneamente limitadas pela LDNSB, três medidas paralelas. A primeira diz respeito ao andamento do processo administrativo de revisão em si; a segunda, à apuração de infrações contratuais autônomas a partir de indícios levantados ao longo da análise técnica dos pleitos e de outros documentos de conhecimento da Prefeitura de Piracicaba, e a terceira, a respeito da necessidade de reapreciação de alguns aspectos técnicos. Essas três medidas, *grossomodo*, dão conta de todas as manifestações do Ministério Público e se alinham à sentença judicial.

5.1 Suspensão imediata do processo administrativo de revisão

No subitem 5 da alínea ‘e’ do seu dispositivo, a sentença prevê como medida de execução imediata, entre outras, a proibição de qualquer processo administrativo de reequilíbrio, permitindo apenas atualização monetária. Esse mandamento da tutela antecipada, devidamente destacado pelo *parquet* em sua recomendação,

exige que a agência imediatamente suspenda o curso do processo de revisão, avisando-se formalmente as partes envolvidas, bem como o próprio Ministério Público e o juízo da Fazenda Pública de Piracicaba, de modo a atestar formalmente o cumprimento da ordem judicial. Enquanto esse mandamento produzir efeitos, a agência também deve se abster dessa e de qualquer outra revisão, permitindo a sentença apenas a atualização tarifária, tal como expressamente indicado pelo juiz no mesmo trecho da sentença.

Como se atestou no item 3.5 desse arrazoadado jurídico, processos de revisão somente poderão ser retomados integralmente **enquanto durar o processo judicial** apenas caso, por efeito de eventual concessão de efetivo suspensivo a recursos judiciais interpostos pelos réus, a determinação contida no item 5 da alínea 'e' da sentença venha a ter sua eficácia imediata obstada por algum Tribunal. Em outras palavras, poderá haver revisão apenas se revogada o mandamento da sentença que a impede. Essa ocorrência, se e quando materializada, deverá ser notificada pelas partes contratantes à agência e ao MP. Se isso ocorrer, contudo, ainda assim se sugere que o processo de revisão somente volte a correr após a conclusão de outros trâmites, principalmente dos processos administrativos sancionadores que o Município deverá conduzir para apurar violação de cláusulas contratuais, já que essa apuração e eventuais condenações poderão impactar de modo significativo o exame dos pleitos de reequilíbrio.

Após o trânsito em julgado da decisão judicial, o que deverá levar alguns anos caso se interponham recursos judiciais, a revisão contratual na esfera regulatória somente poderá ser retomada se, por força de reversão integral ou parcial da sentença, o contrato não for definitivamente declarado nulo como no momento dispõe a sentença. Apenas e tão somente se o contrato de PPP for mantido por decisão de Tribunais Superiores, transitada em julgado, é que se poderá retomar um processo administrativo de revisão nos termos estabelecidos pelas cláusulas pactuadas. O desfecho do processo judicial nesse sentido, se ocorrer, deverá ser comunicado pelas partes contratantes à Agência Reguladora, acompanhado da exata indicação de quais dispositivos da sentença foram mantidos e afastados pelos Tribunais. Até esse momento futuro, é imprescindível que o Município tenha concluído todas as providências de apuração de possíveis violações contratuais, como se explicará a seguir.

5.2 Solicitação de apuração de infrações contratuais

Apesar de o processo judicial tratar da licitação e do contrato de PPP que é objeto do processo administrativo de revisão na ARES, fato é que as sanções por improbidade e os demais mandamentos condenatórios previstos na sentença judicial não se confundem integralmente com as sanções administrativas contratuais resultantes de inexecução de obrigações pactuadas na PPP. Assim, diante dos fatos levantados no Inquérito do MPE, dos elementos da sentença, dos indícios levantados na instrução dos pleitos no processo de revisão e de informações registradas pelo TCE, é preciso que o Município de Piracicaba, sem prejuízo da suspensão do processo de revisão tarifária, seja instado a abrir os processos sancionadores contratuais pertinentes.

De acordo com o art. 38 Lei de Concessões, aplicável subsidiariamente às PPP, a *“inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do artigo 27 e as normas convencionadas entre as partes”*. Esse dispositivo impõe expressamente que o poder concedente conduza o processo sancionador e faça a dosimetria das punições cabíveis, valendo-se das normas regentes dos contratos de concessão, bem como das cláusulas contratuais incidentes. Já o art. 5º, inciso II da Lei das PPP estipula que as cláusulas contratuais preverão *“as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida e às obrigações assumidas”*.

Em vista dessas determinações legais, o contrato de PPP firmado pelo Município de Piracicaba e a Piracicaba Ambiental dispõe sobre infrações e sanções contratuais nas cláusulas 38, 39 e 40. **Em especial, a cláusula 39 trata das sanções de multa, advertência, suspensão de participação em licitação, declaração de inidoneidade para licitar e caducidade do contrato administrativo.** A mesma cláusula já oferece ao Município os critérios de dosimetria que deverão ser utilizados em caso de condenação, os valores de multa para diferentes tipos de infração, os limites pecuniários para multas, as normas procedimentais e as consequências por não pagamento de multas.

Importante ressaltar que o contrato também reparte a competência punitiva, restando ao Município, como dito, a competência para descumprimento de cláusulas gerais de execução do contrato e à Agência Reguladora, unicamente, sanção

apenas por violações específicas (cláusula 39.8 alterado pela Resolução ARES/PCJ n. 236/2018). Assim, considerando que os principais indícios de infração contratual dizem respeito à modificação de rota tecnológica antes de autorização do parceiro público e em dissonância com o pacto originário, à geração não autorizada de receitas extraordinárias, à ausência de compartilhamento de receitas extraordinárias, ao descumprimento de cronograma de operação e de instalação de infraestruturas na CTR e ao desrespeito de prazos para encerramento do Aterro Pau Queimado, entende-se que a competência sancionatória recai exclusivamente sobre o Município na qualidade de concedente.

Essa apuração pelo poder concedente se mostra imprescindível na prática. Além de gerar efeitos para potenciais revisões (que, porém, restam suspensas no momento por determinação da tutela antecipada embutida na sentença), ela é pressuposto da aplicação de multas e outras sanções contratuais que não se confundem com as sanções por improbidade administrativa impostas no âmbito da ação civil pública, ou seja, não são objeto do processo judicial em curso. A confirmar essa distinção, a cláusula 39 do contrato, no item 17, prescreve que *“a aplicação das penalidades previstas neste contrato e a sua execução não prejudicam a aplicação das penas cominadas, para o mesmo fato, pela legislação aplicável”*. Trata-se, aqui, de responsabilidade administrativa de natureza contratual, que não pode ser apurada pelo MP, pela Justiça, pelo TCE ou pela ARES, exigindo, como dito, processo administrativo sancionador levado a cabo exclusivamente pela Municipalidade, na qualidade de titular do serviço público concedido.

Dada a gravidade dos fatos, a importância do contrato para a população, a tecnicidade do assunto envolvido e as enormes discussões que o rondam, **sugere-se que esses processos sancionadores sejam conduzidos no Município com a máxima cautela e com a necessária presença de membros da procuradoria municipal e de técnicos que conheçam o setor, respeitando-se adequadamente a legislação e as disposições contratuais mencionadas.**

5.3 Encaminhamentos técnicos internos

Ainda que os processos administrativos de revisão do contrato de PPP junto à ARES resembram vedados enquanto mantida a tutela antecipada embutida na sentença e que venham a se tornar impossíveis caso a sentença, como está, transite em julgado, é prudente ressaltar que as recomendações do MPE e igualmente da

sentença impactam os pareceres técnicos elaborados com base nos pleitos apresentados pelo Município de Piracicaba e a SPE em 2019. Essa decisão judicial e a recomendação trazem informações e entendimentos relevantes sobre a mudança de rota tecnológica, a regionalização, as receitas extraordinárias e seu compartilhamento. Em certa medida, muitos desses entendimentos, inclusive sobre como repartir as receitas extraordinárias, fazem parte da parte dispositiva da sentença que, se mantida após recursos, vinculará os exames técnicos do regulador a respeito do tema.

Por esses motivos, sugere-se que a ARES, de imediato, de conhecimento à equipe técnica da FIPE do conteúdo da recomendação do MP, solicitante especial atenção ao conteúdo da PARTE III e IV, para que então se manifeste caso entenda oportuno. Igualmente relevante se mostra que a equipe técnica tome conhecimento dos vários pareceres indicados pelo MP e negritados no resumo constante desse arrazoado jurídico, muitos dos quais foram entregues pelo *parquet* juntamente com suas recomendações.

É preciso alertar, entretanto, que a readequação dos atos opinativos elaborados no curso do processo administrativo de revisão perante a ARES fica prejudicada no presente momento ou, em outras palavras, mostra-se inócua por ora, já que: (i) esse tipo de processo de revisão está completamente suspenso pela Justiça Estadual e não se sabe se e quando poderá ser retomado ou substituído por outro; e (ii) o Município, na qualidade de poder concedente, necessita realizar os processos sancionadores contratuais indicados e se posicionar sobre aspectos relevantes da execução contratual. O resultado desses processos administrativos necessitará ser oportunamente informado ao regulador para que, então, possa realizar a revisão adequada.

Afora essas providências, se mantidos integralmente os mandamentos da sentença, será oportuno que a ARES colabore com o Município na fixação de alguns critérios técnicos e no monitoramento de receitas extraordinárias. Como apontado no item 3.4 deste arrazoado, a sentença prevê que a agência necessitará auxiliar o Município a definir “*metas, critérios e quantitativos para o compartilhamento das receitas extraordinárias, objetivando a modicidade da contraprestação, tal qual previsto inicialmente no Edital e Contrato...*”, sobretudo em relação ao CH4 e composto fertilizante, além de auxiliá-lo a monitorar a distribuição de receitas extraordinárias outras, como a de recicláveis e do CDRU.



Thiago Marrara

Professor de direito administrativo da USP

Ribeirão Preto, 24 de agosto de 2020