



RELATOR-CONSELHEIRO SIDNEY ESTANISLAU BERALDO

RECURSO ORDINÁRIO

22-10-14

SEB

=====

50 TC-004394/026/08

Recorrentes: Junji Abe – Ex-Prefeito Municipal, Marco Aurélio Bertaiolli – Prefeito, Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes e C.T.U. – Centro de Tanatologia Universal Ltda. – Mônica de França Garcia – Sócia Administrativa.

Assunto: Contrato entre a Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes e a Funerária Coração de Jesus Ltda., objetivando a prestação de serviço funerário Municipal.

Responsáveis: Junji Abe (Prefeito à época) e Marco Aurélio Bertaiolli (Prefeito).

Em Julgamento: Recursos Ordinários interpostos contra o acórdão da E. Primeira Câmara, que julgou irregulares a concorrência, o contrato e os termos aditivos, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93. Acórdão publicado no D.O.E. de 20-12-11.

Acompanha(m): Expedientes: TC-019535/026/08, TC-030046/026/07 e TC-019200/026/10.

Advogado(s): Eduardo José de Faria Lopes, Eduardo Leandro de Queiroz e Souza, Rodrigo Pozzi Borba da Silva, Luciano Lima Ferreira, Fabio Matsuaki Nakano, Marcelo Bueno Espanha, Leandro Mori Viana e outros.

=====

51 TC-030013/026/07

Recorrente: Junji Abe – Ex-Prefeito Municipal, Marco Aurélio Bertaiolli – Prefeito, Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes e C.T.U. – Centro de Tanatologia Universal Ltda. – Mônica de França Garcia – Sócia Administrativa.

Assunto: Representação formulada por Célia Maria de Souza – Muniípe de Mogi das Cruzes, contra edital da Concorrência nº 003-2/07, promovido pelo Executivo Municipal de Mogi das Cruzes, objetivando a contratação da organização e execução, mediante outorga de concessão pública, dos serviços funerários.

Responsável: Junji Abe (Prefeito à época).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Em Julgamento: Recursos Ordinários interpostos contra o acórdão da E. Primeira Câmara, que julgou irregulares a concorrência, o contrato e os termos aditivos, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93. Acórdão publicado no D.O.E. de 20-12-11.

Advogados: Luciano Lima Ferreira, Marcelo Bueno Espanha, Leandro Mori Viana e outros.

=====

52 TC-030304/026/07

Recorrente: Junji Abe – Ex-Prefeito Municipal, Marco Aurélio Bertaiolli – Prefeito, Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes e C.T.U. – Centro de Tanatologia Universal Ltda. – Mônica de França Garcia – Sócia Administrativa.

Assunto: Representação formulada por Empresa Funerária São Lucas de Suzano Ltda. representada por seu Sócio Gerente - Adonis Ribeiro de Mendonça, contra edital da Concorrência nº 003-2/07, promovido pelo Executivo Municipal de Mogi das Cruzes, objetivando a contratação da organização e execução, mediante outorga de concessão pública, dos serviços funerários.

Responsável: Junji Abe (Prefeito à época).

Em Julgamento: Recursos Ordinários interpostos contra o acórdão da E. Primeira Câmara, que julgou irregulares a concorrência, o contrato e os termos aditivos, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93. Acórdão publicado no D.O.E. de 20-12-11.

Advogados: Eduardo José de Faria Lopes, Marcelo Bueno Espanha e Leandro Mori Viana.

=====

1 - RELATÓRIO

1.1 Em exame **Recursos Ordinários** interpostos por **JUNJI ABE, EX-PREFEITO, e MARCO AURÉLIO BERTAIOLLI, PREFEITO, e pelas PREFEITURA MUNICIPAL DE MOGI DAS CRUZES e C.T.U. – CENTRO DE TANATOLOGIA UNIVERSAL LTDA.**¹ contra acórdão da C. Primeira Câmara²,

¹ Referida empresa foi a vencedora do certame para o Lote B e celebrou o contrato nº 133/07, de 27-12-07, que tem por objeto a prestação, mediante concessão, do serviço funerário municipal, pelo



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



que julgou irregulares a concorrência, o contrato³ e os termos aditivos⁴ celebrados entre a **PREFEITURA MUNICIPAL DE MOGI DAS CRUZES** e a **FUNERÁRIA CORAÇÃO DE JESUS LTDA.** (TC-4394/026/08) e, em consequência, procedentes as Representações formuladas por **CÉLIA MARIA DE SOUZA**, munícipe local (TC-30313/026/07), e **EMPRESA FUNERÁRIA SÃO LUCAS DE SUZANO LTDA.** (TC-30304/026/07), com acionamento do artigo 2º, XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93.

1.2 Segundo o voto do e. Conselheiro Relator (fls. 1391/1395) a Municipalidade não obteve êxito em esclarecer a principal irregularidade no ato convocatório, qual seja, a não apresentação de projeto básico dos imóveis a serem construídos ou locados para a prestação dos serviços, conforme determinou o item 1.2.7⁵ do edital e a cláusula primeira,

prazo de 10 anos, com possibilidade de prorrogação e remuneração a ser paga pela Concessionária ao Poder Concedente, equivalente a 50 UFM's mensais.

² Prolatado em sessão de 29-11-11, pelo voto dos Conselheiros Antonio Roque Citadini, Presidente e Relator, bem como dos Auditores Substitutos de Conselheiro Samy Wurman e Cristiana de Castro Moraes (fls. 1397/1398 do TC-4394 e outras).

³ O contrato nº 127/07, de 27-12-07, tem por objeto a prestação, mediante concessão, do serviço funerário municipal, pelo prazo de 10 anos, com possibilidade de prorrogação e remuneração a ser paga pela Concessionária ao Poder Concedente, equivalente a 123 UFM's mensais (Lote A).

⁴ Foram celebrados os seguintes termos aditivos:

a) TA s/nº, de 15-08-08 (fls. 1175/1176), com a finalidade de prorrogar por mais 45 dias o prazo previsto na cláusula oitava, subitem 8.2, a contar de 17-08-08, para a Concessionária concluir as adaptações estruturais necessárias nos prédios dos velórios, a fim de possibilitar e facilitar a locomoção de deficientes físicos.

b) Segundo TA, de 12-11-08 (fls. 1281/1282), com a finalidade de prorrogar por mais 150 dias o prazo previsto na cláusula segunda, subitem 2.1, para a construção de velórios a fim de atender à população dos Distritos de Sabaúna, Jundiapéba, Taiapéba e Biritiba Ussu, perfazendo 17 meses.

c) Terceiro TA, de 29-06-08 (fls. 1317/1318), com a finalidade de prorrogar, até 31-12-09, o prazo previsto na cláusula segunda, subitens 2.1, 2.2, 2.4 e 2.5, para a construção de velórios a fim de atender à população dos Distritos de Sabaúna, Jundiapéba, Taiapéba e Biritiba Ussu, perfazendo 23 meses.

⁵ **"1 – DO OBJETO DA CONCESSÃO E REGIME DE EXECUÇÃO:**

(...)

1.2 - A organização e execução dos Serviços Funerários, assim definidos no § 1º, do artigo 1º, da Lei Municipal nº 5.624/04, compreenderá:

(...)

1.2.7 – Construção ou locação de imóvel nos distritos de Sabaúna, Jundiapéba, Taiapéba e Biritiba Ussu, para fins de implantação de velórios;

1.2.7.1 – No caso da concessionária identificar local, onde por densidade demográfica ou qualquer outro fato que justifique e nele pretender edificar um velório, nos termos do artigo 5º e seus



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



subitem VII⁶, da minuta do contrato, o que dificultou a elaboração de propostas pelas interessadas e motivou as representações acima mencionadas.

Por fim, Sua Excelência, pelo princípio da acessoriedade, considerou que os termos de aditamento estão maculados pelos mesmos vícios do contrato originário.

1.3 O **ex-Prefeito**, em suas **razões** (fls. 1402/1415 do TC-4394 e outras), apoiando-se nos princípios da eficiência, da continuidade do serviço público, da supremacia do interesse público e da boa-fé, sustentou que as falhas suscitadas são formais e podem ser relevadas em razão de ter sido alcançado o objetivo principal do ajuste e de não ter ocorrido qualquer prejuízo ao Município ou aos particulares.

Segundo entende, tais questões não poderiam suplantar o todo, o contexto, ele sim irretocável, incontestável, maculando-o por completo, impondo-se assim, o reconhecimento da regularidade da contratação e dos respectivos termos aditivos.

1.4 As **razões recursais** do **Prefeito** (fls. 1416/1443 do TC-4394 e outras) discutiram sobre o instituto da concessão e da essencialidade do

parágrafos, da Lei Municipal nº 5.627/04, poderá fazê-lo desde obtenha prévia autorização do Poder Concedente, além das licenças legais pertinentes.

1.2.7.2 – *No caso específico do Lote B, de que trata este edital, a concessionária ao optar pela reforma total e ampliação do velório ou edificar um novo velório em terreno público nas proximidades, terá assegurado os direitos expressos no artigo 5º da Lei Municipal nº 5.624/2004, observadas as disposições finais do subitem 1.2.7.1.”*

⁶ **“CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO DA CONCESSÃO** - *Obriga-se a CONCESSIONÁRIA, na forma deste Instrumento, a prestar ao CONCEDENTE, o Serviço Funerário Municipal de Mogi das Cruzes, o qual compreenderá:*

(...)

VII – construção ou locação de imóveis nos Distritos de Sabaúna, Jundiapéba, Taiaçupeba e Biritiba Ussu, para fins de implantação de velórios;

VII.1 – No caso de a CONCESSIONÁRIA identificar local, onde por densidade demográfica ou qualquer outro fato que justifique e nele pretender edificar um velório, nos termos do artigo 5º e seus parágrafos, da Lei Municipal nº 5624/2004, poderá fazê-lo desde que obtenha prévia autorização do CONDEDETE.

VII.2 – No caso específico do lote B, de que trata este edital, a concessionária ao optar pela reforma total e ampliação do velório em terreno público nas proximidades, terá assegurado os direitos expressos no artigo 5º e seus parágrafos, da Lei Municipal nº 5.624/2004.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



serviço funerário no Município que então possuía 375.268 habitantes, que resulta em densidade demográfica de 512,23 hab./km

Sobre o tema, o Recorrente trouxe à colação decisão desta Corte, proferida no TC-2680/004/06, que julgou regulares contratações da espécie, apesar da existência de diversas falhas, que foram relevadas em face da aplicação do princípio da razoabilidade e da relevância do objeto do ajuste.

Discordou da afirmação de que as causas e argumentos que fundamentaram as justificativas para celebração dos aditivos, deveriam ter sido abordadas durante o procedimento licitatório. É que a construção ou locação de imóveis nos Distritos de Sabaúna, Jundiapéba, Taiaçupeba e Biritiba Ussu já estava prevista desde o início do certame.

Destacou que o artigo 1º, § 1º, VII, da Lei municipal nº 5.694, de 05-05-04, que autorizou o Poder Executivo a outorgar a concessão, já continha tal previsão. Dessa forma, em homenagem aos princípios da probidade e boa-fé, a cláusula segunda do contrato precisou ser ajustada por meio de aditivos em razão da dificuldade de se encontrar imóveis adequados, para venda ou locação, onde se pudessem instalar os velórios, sob pena de não alcançar o objetivo da avença e, por consequência, o interesse público almejado.

Observou que a única forma do serviço ser considerado adequado é seguir as condições previstas no artigo 6º da Lei nº 8.987/95, quais sejam, regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade nas tarifas, o que foi alcançado com a prestação do serviço concedido em todos os distritos mencionados.

Destarte, afirmou o atendimento do princípio da eficiência, uma vez que foi alcançado o fruto efetivamente útil do procedimento e requereu a regularidade de toda a matéria apreciada.

1.5 A Prefeitura Municipal (fls. 1444/1457 do TC-4394) defendeu a regularidade dos atos praticados, destacando que não há controvérsia acerca dos velórios de Braz Cubas e do Centro, para os quais existem planilhas de quantitativos e de preços unitários, especificações técnicas, projetos arquitetônicos, memorial descritivos, etc.

Segundo expôs, a controvérsia se resumiu em saber se existiria ou se seria necessário a existência de projeto básico para as



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



construções/locações de imóveis nos distritos de Jundiapéba, Taiaçupeba e Biritiba Ussu.

Quanto a esse aspecto, contudo, esclareceu que o objeto licitado não carecia do referido projeto. Isso porque, o artigo 5º⁷ da Lei municipal nº 5.624/04 e o item 1.2.7⁸ do edital, analisados sistematicamente, indicam que a concessionária vencedora do certame não estava obrigada, de imediato, a construção ou locação de imóveis naqueles Distritos, para implantação velórios, havendo apenas interesse público a justificar a pretensão.

Anotou que essa questão foi objeto de ação popular, que tramitou na 3ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes e, a final, foi julgada improcedente pela MM. Juíza Renata Vergara Emmerich de Souza, que teve o mesmo entendimento acima aludido.

A informação foi reforçada com a posterior juntada do acórdão do Tribunal de Justiça (fls. 1574/1599 do TC-4394), que negou provimento ao recurso de apelação e manteve, na íntegra, a sentença proferida pela mencionada Juíza.

⁷ *“Art. 5º O prazo de vigência das concessões, contado a partir da formalização dos contratos, será de 10 (dez) anos, facultado às Concessionárias, isoladamente ou em consórcio pré-aprovado pelo Poder Concedente, restrito para uso do veículo, a ele acrescer 2 (dois) anos para cada distrito ou bairro, indicado pelo Poder Concedente, no processo licitatório ou quando este julgar oportuno, no qual as Concessionárias, dentro do prazo de até 12 (doze) meses, contado do respectivo contrato, edificarem ou, por contrato, passarem a ter à sua disposição, por todo o tempo das concessões, prédio adequado e velório e serviços afins, até o limite de 20 (vinte) anos.*

§ 1º A Concessionária que optar por obter o prazo adicional de que trata o caput deste artigo e edificando o prédio para velório e serviços afins em distrito ou bairro de maior densidade demográfica poderá acrescer à concessão, além do prazo de 2 (dois) anos.

§ 2º Decorrido o prazo de até 12 (doze) meses, previsto no caput deste artigo, sem que haja qualquer Concessionária atendido à condição de acréscimo do prazo da concessão, o Poder Concedente poderá, a seu critério exclusivo, excluir da concessão o prazo adicionado ou, mantendo-o, disponibilizar a qualquer das Concessionárias o prédio adequado mediante permissão de uso remunerada, de conformidade com o valor praticado no mercado imobiliário local.

§ 3º As eventuais acessões ou benfeitorias de qualquer natureza que vierem a ser executadas nos imóveis municipais a que se refere o § 4º do artigo 1º desta lei, ficarão incorporadas ao patrimônio municipal, não gerando direito à indenização ou retenção no término das concessões.

§ 4º Na hipótese de a Concessionária edificar o prédio previsto no caput deste artigo, em terreno municipal, aquele se incorporará ao patrimônio municipal ao término da concessão, não gerando direito à indenização ou retenção, não se aplicando esta disposição quando o prédio for edificado em terreno da própria Concessionária.”

⁸ Transcrito na nota de rodapé nº 4.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Reforçou que a referida faculdade não conflita com a natureza da concessão de cemitério, já que o interesse público na prestação e na ampliação desse serviço se reveste no plano da concessionária, como atividade empresarial, que buscará a satisfação dos familiares dos mortos e, como consequência, a Lei permitiu que seja ela premiada com o acréscimo de até 4 anos no tempo de concessão.

Além disso, as novas instalações contam com a necessidade de prévia autorização do Poder Concedente, que avaliará sua adequação à finalidade da concessão, eliminando qualquer possibilidade de prejuízo ao interesse público na boa qualidade das novas instalações.

Portanto, reafirmou não haver qualquer prejuízo à competitividade do certame, pois não houve dúvida sobre a vantajosidade para as licitantes, no caso de eventual ampliação dos serviços, como já se pronunciou esta Corte quando do indeferimento da liminar pleiteada na representação agridada no TC-30013/026/07.

1.6 As **razões recursais** do **C.T.U.** (fls. 1492/1499 do TC-4394) apenas reforçaram os argumentos já expendidos, não acrescentando nada de novo a ser destacado.

1.7 A **Assessoria Técnica** (fls. 1557/1558 do TC-4394 e outras) entendeu que os Recorrentes não se ativeram ao fundamento da decisão combatida, qual seja, a inobservância da obrigatoriedade da elaboração de projeto básico, aprovado pela autoridade competente e disponibilizado para o exame dos interessados.

Em consequência, opinou pelo **conhecimento** e **desprovemento** do recurso.

1.8 A **Secretaria-Diretoria Geral** (fls. 1559/1563 do TC-4394) observou que a *“a decisão judicial citada por um dos Recorrentes não produz efeito perante esta e. Casa, tendo em vista seu entendimento pacífico de que a jurisdição do Tribunal de Contas exerce-se de forma autônoma, independentemente das conclusões porventura firmadas em outra esfera de poder, até mesmo por força de preceitos constitucionais”*.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Quanto à questão suscitada, aduziu que o artigo 1º, § 2º⁹, da Lei municipal nº 5.624/04 leva a crer que todos os serviços constantes do § 1º do mesmo dispositivo devem ser necessariamente executados pela concessionária, inclusive a construção ou locação de imóveis para a implantação de velórios.

Segundo expôs, a única hipótese facultativa seria a prevista no artigo 5º da referida Lei, que se refere tão somente ao acréscimo de dois anos no prazo da concessão no caso de terem sido disponibilizados os velórios em até 12 meses, contados do início da vigência do contrato.

Assim, uma vez obrigatória a atividade estampada no item 1.2.7 do edital e no inciso VII da § 1º do artigo 1º da citada Lei, impunha-se a observância do artigo 18, II e XV¹⁰, da Lei nº 8.987/95, que exige,

⁹ *“Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a outorgar a empresas de reconhecida e comprovada experiência no ramo, concessões remuneradas para a exploração do Serviço Funerário Municipal, a que se alude a Lei nº 873, de 4 de julho de 1958, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1960.*

§ 1º O Serviço Funerário Municipal é considerado de utilidade pública e consiste na prestação de serviços ligados à organização e execução de funerais, mediante a cobrança de tarifas, em especial:

I- fabricação, aquisição e fornecimento de caixões e urnas mortuárias para pessoas falecidas no Município de Mogi das Cruzes;

II- remoção dos mortos, salvo nos casos em que esta deva ser processada pelos serviços de polícia;

III- transporte de flores nos cortejos fúnebres;

IV- instalação e ornamentação de câmeras mortuárias.

V- fornecimento de todos os artigos próprios de sua atividade funerária, bem como de aparelhos de ozona quando indispensável;

VI- cortejo e transporte fúnebre, observadas as exigências legais, por ruas e estrelas de rodagem do Município de Mogi das Cruzes para outro;

VII- construção ou locação de imóveis nos distritos de Sabaúna, Jundiapéba, Taiapéba e Biritiba Ussu, para fins de implantação de velórios;

VIII- providências junto aos Cartórios de Registro Civil e Cemitérios, divulgação do falecimento, assistência à família enlutada e outros serviços correlatos;

IX- colaboração direta com as autoridades públicas administrativas e policiais, em casos de acidentes, tragédias e qualquer calamidade pública, que resulte em morte de pessoas.

§ 2º Além dos serviços obrigatórios relacionados no § 1º, as Concessionárias poderão executar outras atividades, de serviço ou de comércio, desde que vinculadas com a principal finalidade da concessão.”

¹⁰ *“Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:*

(...)

II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;

(...)

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



dentre outros requisitos, a descrição das condições necessárias à prestação adequada dos serviços e a elaboração de projeto básico.

Destarte, manifestou-se pelo **conhecimento** dos recursos, mas, no mérito, pelo seu **desprovemento**.

É o relatório.

2. VOTO PRELIMINAR

2.1 O v. acórdão foi publicado no DOE de 20-12-11 (fl. 1398 do TC-4394 e outras) e os recursos protocolados em 22-12-11 e 09-01-12 (fls. 1402, 1416, 1444 e 1491 do TC-4394 e outras). São, portanto, tempestivos.

2.2 Satisfeitos os demais pressupostos de admissibilidade, voto pelo **conhecimento** de ambos os recursos.

3. VOTO DE MÉRITO

3.1 Inicialmente, importante lembrar que a matéria agora em exame foi objeto de ação popular que tramitou na 3ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes, sob nº 361.01.2007.0175566, proposta por Célia Maria de Souza, munícipe local e também autora da representação formulada no TC-30013/026/07, a qual pleiteou a paralisação do certame e, a final, a alteração do seu edital por entender que estaria sendo lesado o patrimônio público e a moralidade administrativa.

Nem no âmbito da ação popular e nem na representação a munícipe obteve sucesso, pois, em ambos os casos, foi-lhe negada a medida liminar pleiteada.

Posteriormente, a ação popular foi julgada improcedente em primeiro grau e confirmada em sede apelação, protocolada sob nº 0017556-58.2007 e decidida pela 10ª Câmara de Direito Público do

caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;" (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante comprovam os documentos juntados pela Prefeitura (fls. 1574/1599 do TC-4394).

A representação foi julgada procedente em consequência do julgamento de irregularidade prolatado pela C. Primeira Câmara desta Corte, cuja motivação se deu pela ausência de projeto básico dos imóveis a serem construídos ou locados para a prestação dos serviços nos Distritos de Sabaúna, Jundiapéba, Taiapuêba e Biritiba Ussu, conforme o disposto item 1.2.7 do edital e a cláusula primeira, subitem VII, da minuta do contrato, transcritos alhures.

Embora a matéria tratada na ação popular tenha sido de maior amplitude que a decisão ora recorrida, naquela constou expressamente a questão que fundamentou o julgamento desta.

Assim, a despeito de a decisão proferida no âmbito do Poder Judiciário não impedir o exercício da competência constitucional desta Casa, como anotou SDG, não vejo razão para se estabelecer um possível conflito de interpretação de normas nesse momento, já que eventual desprovimento dos recursos ora interpostos levaria a tal situação.

Portanto, com todo o respeito, ousou divergir das opiniões daqueles que se debruçaram sobre os autos, por entender que a decisão proferida na ação popular deve, sim, orientar o decisório a ser proferido por esta Corte nos presentes autos, eis que, de acordo com o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, salvo exceções constitucionais, nada pode ser afastado de sua apreciação.

O renomado processualista FREDIE DIDIER JR.¹¹, ao discorrer sobre o referido princípio, assim expôs:

“Este princípio não se dirige apenas ao Legislativo —impedido de suprimir ou restringir o direito à apreciação jurisdicional—, mas também a todos quantos desejem assim proceder, pois, “se a lei não pode, nenhum ato ou autoridade de menor hierarquia poderá” excluir algo da apreciação do Poder Judiciário.¹² Ressalve-se a situação da arbitragem, na qual os próprios contendores optam por retirar do Poder Judiciário o

¹¹ In Direito à inafastabilidade do Poder Judiciário. Disponível em http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_setembro2004/docente/doc02.doc, acesso em 27-10-14.

¹² ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *O Estado de direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício)*, p. 73, apud MARINONI, Novas Linhas do Processo Civil. Malheiros: 1999, p. 202.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



poder de solucionar os conflitos que advenham de determinado negócio jurídico.

A Constituição é peremptória:¹³ não há matéria que possa ser excluída da apreciação do Poder Judiciário —ressalvadas raríssimas exceções por ela mesma postas, como a do processamento e julgamento de certas autoridades em certas hipóteses (art. 52, I e II, CF/88).”

3.2 A questão crucial a ser apreciada nestes autos é saber se a construção ou a locação dos imóveis para a prestação dos serviços nos Distritos de Sabaúna, Jundiapéba, Taiapuêba e Biritiba Ussu, prevista no item 1.2.7 do edital e na cláusula primeira, subitem VII, da minuta do contrato, seria obrigatória ou facultativa.

Se obrigatória, segundo se depreendeu da instrução, haveria necessidade de que os projetos básicos de tais imóveis deveriam constar do edital, o que não teria ocorrido no caso analisado.

Da leitura que empreendi nos dispositivos acima mencionados, não vislumbrei dificuldade em concluir que os serviços serão, sim, obrigatórios, mas a construção ou a locação dos imóveis serão facultativos, podendo a contratada fazer a opção que melhor convenha à sua lucratividade, desde que assegurada a prestação do objeto pactuado.

Essa faculdade se revela bem acentuada no artigo 5º¹⁴, *caput*, da Lei nº 5.624/04, segundo o qual fica a critério da concessionária a

¹³ Sobre as exceções a este princípio encontradas ao longo da experiência republicana, cf. KAZUO WATANABE, *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: RT, 1980, p. 39-41.

¹⁴ “**Art. 5º** O prazo de vigência das concessões, contado a partir da formalização dos contratos, será de 10 (dez) anos, facultado às Concessionárias, isoladamente ou em consórcio pré-aprovado pelo Poder Concedente, restrito para uso do veículo, a ele acrescer 2 (dois) anos para cada distrito ou bairro, indicado pelo Poder Concedente, no processo licitatório ou quando este julgar oportuno, no qual as Concessionárias, dentro do prazo de até 12 (doze) meses, contado do respectivo contrato, edificarem ou, por contrato, passarem a ter à sua disposição, por todo o tempo das concessões, prédio adequado e velório e serviços afins, até o limite de 20 (vinte) anos.

§ 1º A Concessionária que optar por obter o prazo adicional de que trata o caput deste artigo e edificando o prédio para velório e serviços afins em distrito ou bairro de maior densidade demográfica poderá acrescer à concessão, além do prazo de 2 (dois) anos.

§ 2º Decorrido o prazo de até 12 (doze) meses, previsto no caput deste artigo, sem que haja qualquer Concessionária atendido à condição de acréscimo do prazo da concessão, o Poder Concedente poderá, a seu critério exclusivo, excluir da concessão o prazo adicionado ou, mantendo-o, disponibilizar a qualquer das Concessionárias o prédio adequado mediante permissão de uso remunerada, de conformidade com o valor praticado no mercado imobiliário local.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



construção ou a locação dos imóveis destinados à instalação dos velórios nos citados distritos e, caso isso viesse a ocorrer nos 12 primeiros meses após a assinatura do contrato, haveria, para cada imóvel disponibilizado, o acréscimo de 2 anos no prazo de vigência do ajuste.

Também comprova a assertiva, a possibilidade de, mesmo não havendo interesse da concessionária, o próprio Município providenciar e disponibilizar o imóvel adequado à prestação dos serviços *“mediante permissão de uso remunerada, de conformidade com o valor praticado no mercado imobiliário local”*, consoante o disposto no § 2º do mesmo dispositivo.

Esse entendimento se harmoniza perfeitamente com o decidido pelo Poder Judiciário na ação popular citada alhures, consoante excerto do voto condutor, de autoria do e. Desembargador Torres de Carvalho, Relator da apelação, *in verbis*:

“7. A construção ou locação de velórios regionais não é exigência do edital e não integra as obrigações da concessionária; não compõe o preço dos serviços ou da remuneração que a empresa paga ao Município. É detalhe que a concessionária examinará no curso do contrato e uma faculdade que exercerá segundo a conveniência recíproca, recebendo em troca a prorrogação da concessão conforme previsto no edital e no contrato.

Respeitosamente discordando da conclusão a que chegou o Tribunal de Contas (fls. 892/897, vol. 5), tal construção ou locação não interfere na apresentação das propostas, no preço do serviço ou na remuneração a ser paga ao município. O interesse público é assegurado pela exigência de que o prédio seja adequado a velório e serviços afins e se localize em bairro indicado pela administração (cláusula 2.1 do contrato, fls. 579, vol. 3), sendo óbvio que a adequação do prédio deve ser aprovada pelo município. Não vejo nulidade ou irregularidade na falta de melhor especificação ou do projeto básico desses outros velórios; e não há razão para anular agora a concorrência e o contrato se passados quatro anos a hipótese (ainda que irregularidade houvesse,

§ 3º As eventuais acessões ou benfeitorias de qualquer natureza que vierem a ser executadas nos imóveis municipais a que se refere o § 4º do artigo 1º desta lei, ficarão incorporadas ao patrimônio municipal, não gerando direito à indenização ou retenção no término das concessões.

§ 4º Na hipótese de a Concessionária edificar o prédio previsto no caput deste artigo, em terreno municipal, aquele se incorporará ao patrimônio municipal ao término da concessão, não gerando direito à indenização ou retenção, não se aplicando esta disposição quando o prédio for edificado em terreno da própria Concessionária.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



em tese) não se verificou. A juíza rejeitou a impugnação e essa é a nossa decisão”.

É o quanto basta para se concluir que tal faculdade elide a obrigatoriedade de elaboração de projeto básico e, por conseguinte, remove o óbice que impediu o beneplácito desta Corte em primeira instância.

3.3 Ante o exposto, voto pelo **provimento** dos recursos, para o fim de reformar a decisão hostilizada e julgar regulares a licitação, o contrato e respectivos termos aditivos, bem como improcedentes as representações.

Sala das Sessões, 29 de outubro de 2014.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO