

**AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 0008053-
80.2022.8.16.0000, DA COMARCA DE FOZ DO IGUAÇU
– 1ª. VARA DA FAZENDA PÚBLICA**

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE FOZ DO IGUAÇU

AGRAVADOS: CONSÓRCIO SORRISO E OUTROS

RELATOR: DES. ABRAHAM LINCOLN
CALIXTO

VISTOS ETC;

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE FOZ DO IGUAÇU contra a r. decisão interlocutória (Processo: 0001382-48.2022.8.16.0030 - Ref. mov. 30.2) que, na ação anulatória proposta por CONSÓRCIO SORRISO E OUTROS, deferiu o pedido de tutela provisória de urgência, para o fim de determinar a suspensão dos efeitos da decisão proferida no processo administrativo n.º 28958/2021 e, via de consequência, do Decreto Municipal n. 29.899/2021, até ulterior deliberação, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

2. Nas razões recursais (0008053-80.2022.8.16.0000 - Ref. mov. 1.1), o agravante pretende a reforma do *decisum*, explicando que o Juízo concedeu a tutela provisória lastreando-se no descumprimento do disposto no artigo 38, §3º. da Lei n.º 8.987/95 e pela contradição entre a instauração do procedimento administrativo pela retirada da frota sem a anuência do Município e o projeto para contratação emergencial do transporte público, decorrente do Decreto de Caducidade contido no sítio eletrônico do Município estar exigindo uma quantidade menor de ônibus daquela disponível pelo Consórcio agravado.



Agravo de Instrumento n.º 0008053-80.2022.8.16.0000

Enfatiza que cumpriu o que determina o preceito legal em comento, pois entre o recebimento da notificação para apresentação da frota para vistoria e a efetiva fiscalização dos ônibus passaram-se 36 (trinta e seis) dias, prazo mais que suficiente para saneamento do descumprimento contratual.

Aponta que a r. decisão desconsiderou a principal notificação e fez referência somente àquelas de descumprimento dos decretos emitidas durante à pandemia e que continham caráter orientativo.

Afirma que o processo administrativo elenca dezenas de irregularidades e descumprimentos contratuais pelo agravado (mov. 1.7), o mais grave sendo a retirada de grande parte da frota de circulação, identificando-se numa vistoria em 2021 uma redução de 65%, enquanto que o contrato prevê que essa redução somente poderia ocorrer mediante autorização do Município, em razão de estudos técnicos, o que não ocorreu.

Descreve que, conforme relatório de vistoria realizada no dia 17/06/2021, ficou constatado que diversos ônibus que estavam afetados ao serviço público de Foz do Iguaçu e que deveriam estar circulando e atendendo os anseios da população estavam, na verdade, na cidade vizinha Cascavel/PR, transportando trabalhadores de uma empresa privada.

Noutro ponto, esclarece que pretende com a contratação emergencial melhorar o sistema de transporte, que atualmente não opera sequer com os 66 (sessenta e seis) ônibus, mostrando-se irrelevante o número que o agravado possui na frota, de 104 veículos. Acrescenta que o consórcio contabiliza diversas reclamações, conforme Relatório da Câmara Municipal de Foz do Iguaçu, o qual aponta uma sérias irregularidades na prestação do indispensável serviço público e problemas de gestão em diversas cidades.

Destaca que a atual concessionária encolheu unilateralmente o sistema de transporte coletivo, reduzindo além da frota, uma quantidade significativa de linhas, suprimindo inclusive as que apresentam déficit tarifária, mantendo em circulação aquelas que os ônibus geram superlotação, atos estes que permitem decretar a caducidade.



Agravo de Instrumento n.º 0008053-80.2022.8.16.0000

Acrescenta que não há risco de colapso do sistema de transporte coletivo com o início da operação com 66 ônibus, pois a remuneração será dada por quilometro rodado, devidamente fiscalizado e aferido pelo Município através de sistema de GPS.

Ressalta que, em processo judicial em que o Consórcio sustenta desequilíbrio econômico-financeiro, houve perícia reconhecendo um superávit de quase R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) em desfavor da concessionária, levando-se em conta o valor real da tarifa, com os arredondamentos necessários e o número de passageiros transportados.

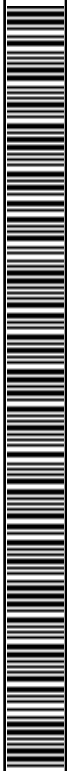
Assevera que na pandemia, com a redução de horários e a ajuda governamental, houve redução drástica das despesas com folha de pessoal e gastos com diesel da concessionária, o que também deve ser levando em conta quando da análise do reequilíbrio financeiro.

Diz que, de acordo com o Sindicato da categoria, as empresas não estão pagando os direitos da cesta básica e adicional aos motoristas, nem a correção dos salários pelo índice INPC, conforme determinado em acordos coletivos, há pelo menos dois anos.

Sustenta que a concessão da liminar apenas nas alegações do Consórcio agravado, sem que fosse dada oportunidade ao Município agravante se manifestar, viola o disposto no artigo 10 do Código de Processo Civil.

Postula, ao final, pela antecipação dos efeitos da tutela recursal, para suspender a r. decisão agravada, mantendo hígido o conteúdo do Decreto Municipal n.º 29.899/2021 pelas motivações anteriormente expostas. No mérito, requer o provimento do recurso.

3. Os agravados se manifestaram, em caráter de manifestação prévia, na petição de mov. 21.1, aduzindo, em síntese, que as notificações existentes no bojo do processo administrativo (mov. 1.7 e seguintes dos autos da origem) jamais indicaram que a pena para o não saneamento da alteração da frota realizada pelos agravados poderia ocasionar a caducidade; a adequação da frota para operação se deu



Agravo de Instrumento n.º 0008053-80.2022.8.16.0000

dentro dos limites permitidos pelo Contrato de Concessão n.º 135/2010; o laudo pericial (mov. 1.14 da origem), que instrui a ação de n.º 0032278-16.2018.8.16.0030 e que foi citado no recurso, atesta o grave desequilíbrio contratual, com déficit de R\$ 82.695.574,62 (oitenta e dois milhões seiscentos e noventa e cinco mil quinhentos e setenta e quatro reais e sessenta e dois centavos); a frota do Termo de Referência está muito abaixo da operada pelos agravados atualmente; o agravante indica dados sem deles juntar provas.

Requerem, ao final, que os efeitos da r. decisão agravada sejam mantidos até o julgamento do presente recurso.

É o relatório.

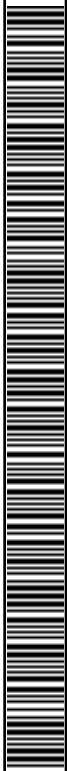
DECIDO:

4. Admito a formação do presente recurso e determino seu regular processamento.

5. A concessão de efeito suspensivo ou ativo ao recurso de agravo de instrumento exige a evidência da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Tais requisitos encontram-se presentes.

6. Primeiramente, cumpre afastar a alegada violação ao artigo 10 do Código de Processo Civil.

Isso porque, considerando a necessidade de rápida resposta jurisdicional em determinadas hipóteses, a legislação processual permite que as decisões pertinentes à tutela de urgência sejam proferidas sem a prévia oitiva das partes. É o que se extrai do artigo 9º., parágrafo único, inciso I do Código de Processo Civil:



Agravo de Instrumento n.º 0008053-80.2022.8.16.0000

“Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;”

Sendo assim, não aparenta ser necessária a manifestação da parte adversa antes de apreciar a liminar.

Nesse sentido, oportuno colacionar o seguinte precedente do e. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, *verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. REVOGAÇÃO. FORNECIMENTO DE CARRO RESERVA DESNECESSÁRIO. PARECER DO EXPERT JUDICIAL QUE TESTIFICA AS ADEQUADAS CONDIÇÕES DO VEÍCULO SUPOSTAMENTE VICIADO. MUDANÇA SUPERVENIENTE DO ESCORÇO FÁTICO. LIMINAR OUTRORA DEFERIDA QUE CARECE DE ARRIMO. CASSAÇÃO ESCORREITA PELO JUÍZO A QUO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO “PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA” (ART. 9º, P. ÚNICO, DO CPC/2015). DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

No bojo da concessão ou da revogação de tutela provisória “inaudita altera parte”, não há que se falar em violação ao “princípio da não surpresa” (art. 10 do CPC/2015), ou mesmo de ofensa ao devido processo legal (art. 5º, LV, da CRFB/1988), eis que a própria legislação adjetiva excepciona tais decisões da necessidade de prévia intimação da parte adversa (art. 9º, p. único, do CPC/2015)”. (Agravo de Instrumento n.º 4031749-60.2019.8.24.0000, 6ª. Câmara de Direito Civil, Relator Desembargador **ANDRÉ CARVALHO**, DJ 11/02/20, g. n).



Agravo de Instrumento n.º 0008053-80.2022.8.16.0000

Dito isso, a controvérsia consiste em averiguar se houve descumprimento do disposto no artigo 38, §3º. da Lei n.º 8.987/95 e se o Município incorreu em ato contraditório, ao declarar a caducidade do contrato entre as partes por redução da frota e, em contrapartida, estabelecer contratação emergencial com previsão de frota em número inferior ao que se opera atualmente.

A começar pelo primeiro fundamento, o preceito legal em comento assim dispõe:

“Art. 38. 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 art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

(...)

§3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.”

A problemática foi assim superada na via administrativa pelo Município (mov. 1.11, fl. 45):

“Com efeito, a alegação de descumprimento do artigo 38, §3º, da Lei nº 8.987/95 foi afastada de forma expressa, nos seguintes termos: “A alegação de descumprimento do §3º, do art. 38, da Lei nº 8.987/95 não pode prosperar, primeiro porque o Consórcio Sorriso foi notificado pelo FOZTRANS em 12/05/2021, inclusive apresentando contranotificação protocolada sob o nº



Agravo de Instrumento n.º 0008053-80.2022.8.16.0000

24.109/21. Segundo, da notificação à realização da vistoria, passaram-se 36 (tinta e seis) dias, prazo suficiente para saneamento do descumprimento contratual”.

Compulsando o processo administrativo instaurado (movs. 1.7 a 1.11), é possível extrair que durante a relação contratual foram expedidas diversas notificações. Na maioria delas, efetivamente, não se declinou de forma específica prazo para correção da inexecução, sob pena de caducidade.

Contudo, há sim pelo menos um expediente que alerta para a necessidade de regularização da falta contratual, no prazo de 48 horas, sob pena de extinção do contrato. Vide, a propósito, o Ofício n.º 982/2020 (mov. 1.7, fl. 22), com data de 03 de novembro de 2020 e com o seguinte teor:

**“Prezado Senhor,
Tendo em vista o Expediente 211 recebido na data de hoje, vimos por meio deste determinar que no prazo de 48 horas retome a normalidade o número de linhas e ônibus, tal qual antes da pandemia bem como os postos de trabalho dos cobradores e demais colaboradores no Terminal de Transporte Urbano sob pena de intervenção e/ou rescisão contratual.
Atenciosamente”**

Após, ainda que sem estabelecimento de prazo para regularização, outros expedientes foram encaminhados alertando para o mesmo problema, de indevida redução da frota. No datado de 11 de maio de 2021, houve notificação para vistoria para averiguação da frota, ocasião em que se alertou sobre o descumprimento contratual (cláusula décima primeira).

Há de se ponderar sobre o alcance do §3º. do artigo 38 da Lei n.º 8.987/95.



Agravo de Instrumento n.º 0008053-80.2022.8.16.0000

O legislador estabeleceu uma espécie de condição de procedibilidade para a instauração do processo administrativo. Em vista da boa fé e para evitar surpresa, deve-se antes alertar ao contratado o(s) fato(s) do descumprimento contratual, com concessão de prazo para saná-lo(s). As irregularidades imputadas, se restaram efetivamente configuradas ou não, são apuradas no próprio processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Não obstante o entendimento firmado pela r. decisão, uma notificação dentre várias, alertando o inadimplemento contratual e conferindo prazo para a regularização, é suficiente para satisfazer o disposto no artigo 38, §3º. da Lei n.º 8.987/95 e autorizar a abertura do processo administrativo, não havendo, por isso, que se falar, neste exame sumário, em violação deste preceito no caso concreto.

Pondere-se, outrossim, que somente há declaração de nulidade mediante constatação de prejuízo (*pas de nullité sans grief*) e, na espécie, não se vislumbra gravame justamente porque a defesa foi regularmente exercida em processo administrativo, no qual foi assegurado contraditório, inclusive com apresentação de defesa, recurso e pedido de reconsideração pelos agravados.

Noutro ponto, o MM. Juízo entendeu que houve ofensa à teoria dos motivos determinantes, a qual define que os motivos apresentados como justificadores da prática do ato administrativo vinculam este ato e, caso os motivos apresentados sejam viciados, o ato será ilegal. Para tanto, assim expôs, merecendo transcrição:

“[...] No caso dos autos, extrai-se do memorando interno (seq. 1.7) que a parte ré igualmente utilizou como justificativa, para a instauração do processo administrativo, a redução da frota operacional para 104 (cento e quatro) veículos, com a retirada de 54 (cinquenta e quatro) ônibus, em relação ao ano de 2020, sem anuência da Administração.

Contudo, é de conhecimento público que a parte ré elaborou projeto para a contratação emergencial no transporte público,



Agravo de Instrumento n.º 0008053-80.2022.8.16.0000

restando estabelecido no Termo de Referência que a frota para o início da operação deverá ser de 66 (sessenta e seis) ônibus, conforme se verifica do link fornecido pelo próprio site da Prefeitura

Municipal:

<https://www5.pmfi.pr.gov.br/noticia.php?id=49617>

8.2.1.2.2. A frota para o início da operação deverá ser de 66 (sessenta e seis) ônibus, observando-se o PMM de 5.833,33km/mês.

8.2.1.2.3. No decorrer do contrato, havendo aumento da demanda e necessidade da produção quilométrica, poderão ser expedidas ordens de serviço, de forma quem respeitado o PMM, para que haja aumento proporcional da frota.

De uma simples análise do dispositivo acima mencionado, é possível observar que a justificativa apresentada pelo Município réu, para a decretação da caducidade, é totalmente contraditória. Ora, se a redução da frota pela parte autora interferia no regular funcionamento do serviço de transporte público, parece lógico que o Município réu deveria, ao menos, estabelecer como frota mínima, no Termo de Referência, a quantia de 158 (cento e cinquenta e oito) ônibus. Entretanto, além de requisitar quantidade inferior à atual, o Município de Foz do Iguaçu, ao estabelecer que o aumento proporcional irá ocorrer somente se houver necessidade no decorrer do contrato, deixou claro que sequer necessita dos 104 (cento e quatro) veículos que estão atualmente em circulação, o que causa perplexidade aos olhos do contribuinte.”

Em que pese o entendimento firmado pela r. decisão interlocutória, não se extrai, pelo menos neste exame sumário, a ofensa à teoria dos motivos determinantes.



Agravo de Instrumento n.º 0008053-80.2022.8.16.0000

A falta contratual foi apurada no âmbito do processo administrativo, nos seguintes termos (mov. 1.10, fls. 55 e seguintes):

“[...] Em 12 de maio de 2021, o FOZTRANS notificou o Consórcio Sorriso para apresentar a frota para vistoria em 24 horas.

Apesar de oportunizar prazo para corrigir a transgressão apontada (art. 38, §3º, Lei 8.987/95), o Consórcio Sorriso nada fez, haja vista que, conforme Ofício 775/2021 do FOZTRANS, em nova vistoria constatou-se 114 veículos, ou seja, uma redução de 44. O agravante é que, conforme relatório da vistoria realizada na data de 17/06/2021 foi atestado que os ônibus estão na cidade de Cascavel/PR, ou seja, em desvio de finalidade.

No bojo do processo administrativo 60449/2021, na qual se pleiteia a revisão tarifária, o Consórcio Sorriso anexou relação da frota, na qual constam 101 veículos, ou seja, aquém da frota prevista contratualmente.

Por se tratar de contrato administrativo, onde o interesse público deve preponderar sobre o particular, cujo patrimônio operacional está afetado a esse interesse, torna-se inadmissível a redução da frota operacional sem anuência/autorização do poder concedente.

Em razão da afetação do bem privado para prestação de serviço público essencial, esses devem estar à disposição do ente público para a finalidade a qual foram contratados, sem exceções!

Tal atitude é tão grave, generalizada e infensa, que se enquadra nos incisos I e II do art. 38, §1º, Lei 8.987/95, incorrendo diretamente nas hipóteses legais de caducidade. Ou seja, a redução da frota, além de caracterizar inexecução contratual,



Agravo de Instrumento n.º 0008053-80.2022.8.16.0000

demonstra a deficiência da prestação dos serviços por parte da Concessionária.

Registre-se que a redução do quantitativo de veículos operacionais não foi objeto de deliberação entre o Consórcio Sorriso e o Município de Foz do Iguaçu, não havendo autorização para redução, mesmo no período mais crítico da pandemia. Os atos normativos municipais limitaram-se ao controle da lotação dos veículos, não permitindo a redução da frota de forma unilateral.

O parágrafo primeiro da Cláusula Quinta do Contrato n.º 135/2010 é claro no sentido de que a concessionária se obriga a manter, durante todo o prazo de vigência da concessão, veículos em número compatível com o grau de qualidade exigível para a prestação do serviço, conforme definido pelo Poder Concedente.

Ademais, a Cláusula Décima Primeira do instrumento contratual determina que toda e qualquer modificação das linhas e frota operante deverá passar sob o crivo do Poder Concedente, o que, evidentemente, não foi respeitado pela concessionária, vez que retirou os ônibus de circulação e suprimiu linhas ao seu bel prazer.

Conforme restou comprovado nos autos, em diversas ocasiões, o Consórcio Sorriso desrespeitou o Contrato e o próprio usuário do sistema, disponibilizando veículos aquém do necessário, suprimindo linhas sem autorização do Município, bem como desrespeitou os Decretos Municipais que vedavam a superlotação dos ônibus no período pandêmico.

Em sua defesa, o CONSÓRCIO SORRISO não nega a existência das irregularidades apontadas no processo administrativo, com efeito, a alegação de que houve descumprimento dos atos normativos em razão da empresa estar passando por



Agravo de Instrumento n.º 0008053-80.2022.8.16.0000

dificuldades financeiras não tem o condão de afastar a sua responsabilidade.”

É possível extrair que o agravante concluiu que houve inadimplemento do contrato em razão da violação à cláusula décima primeira, mediante redução da frota sem autorização do poder concedente.

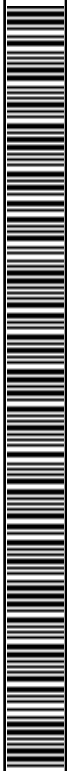
Não se ignora que os termos do contrato emergencial estabeleceu para início da operação 66 (sessenta e seis) ônibus.

Contudo, o estabelecimento do parâmetro mínimo para um contrato de caráter transitório constitui discricionariedade da administração, não cabendo ao Poder Judiciário se imiscuir. E este parâmetro, estabelecido apenas para o início das atividades – estando sujeito a majoração –, não permite concluir de forma segura, sem dilação probatória, que os motivos elencados no contrato rescindido são inverídicos ou que as faltas contratuais não ocorreram.

Nesse passo, não há elementos seguros que permitam concluir pela ofensa à teoria dos motivos determinantes.

Por conseguinte, ausente a probabilidade do direito para a concessão da liminar na ação de origem, deve ser deferida a concessão do efeito suspensivo, sem prejuízo a posterior convencimento diverso no acórdão. Anote-se que as demais matérias versadas – como quebra do equilíbrio econômico financeiro, existência de superávit ou déficit –, além de serem objeto de outra demanda, serão aprofundadas no voto junto ao colegiado.

Registre-se, por fim, que a urgência na concessão da postulada antecipação da tutela recursal é patente, pois o Decreto Municipal n.º 29.899/2021 (mov. 1.6 – autos originários) previu o encerramento do contrato de concessão n.º 135/2010 para o dia 19/02/2022 (artigo 2º). Além disso, conforme exposto pelo agravante nas razões recursais, ***“(…) não há risco de colapso do sistema de transporte coletivo com o início da operação com 66 ônibus, pois a remuneração será dada por km/rodado, devidamente fiscalizado e aferido pelo Município através de sistema de GPS, uma fase de transição entre o fim do Contrato com o Consórcio Sorriso e o novo sistema,***



Agravo de Instrumento n.º 0008053-80.2022.8.16.0000

remunerado por km/rodado, veículos com ar condicionado, equipados com GPS e aplicativos que permitem o usuário aferir a real localização do ônibus que pretende embarcar”.

7. Forte em tais fundamentos, DEFIRO A CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO. Comunique-se ao Juízo de origem.

8. Requistem-se informações ao MM. Juiz singular, que deverá prestá-las no prazo de 10 (dez) dias, indagando se houve juízo de retratação.

9. Intime-se o agravado para responder o presente recurso, querendo, no prazo legal, sendo facultada a juntada das peças dos autos que entender convenientes (artigo 1019, inciso II do novo Código de Processo Civil).

10. Após, abra-se vista à d. Procuradoria Geral de Justiça.

11. Para maior celeridade, autorizo o(a) Chefe da Divisão Cível a subscrever eventuais expedientes necessários ao cumprimento desta decisão.

12. Intimem-se.

Curitiba, data e hora da assinatura no sistema.

DES. ABRAHAM LINCOLN CALIXTO
RELATOR

