



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

Comarca de Divinópolis/MG – Vara de Fazenda Pública
Autos nº 0223 04 144868-7
Sentença

Trata-se de ação civil por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em desfavor do Município de Divinópolis/MG, Galileu Teixeira Machado, Braulino F. Oliveira Ltda., Aderi Francisco de Oliveira, Arailton Francisco de Oliveira, Viação Samaritana, Osvaldo Marcelino Daldegan, João Marcelino Daldegan, Viação São Cristóvão, José de Fátima Silva, Márcio Daldegan, Exdil Expresso Divinopolitano Ltda., Ascânio Gontijo Júnior, Kênia Gontijo, Trancid – Transporte Coletivo Cidade de Divinópolis Ltda., Roberto José Carvalho, Viação Daldegan Ltda., João Luiz Daldegan, Transpratur – Transporte Coletivo Turístico Ltda., Rafael Antônio da Silva e José Eustáquio de Azevedo afirmando, em síntese, que em setembro de 2002 foram renovados os contratos de concessão de serviço público de transporte coletivo urbano e rural celebrados em 1992 entre o Município de Divinópolis/MG e as empresas Braulino F. Oliveira Ltda, Viação Samaritana, Viação São Cristóvão, Exdil – Expresso Divinopolitano Ltda., Viação Daldegan Ltda., Transpratur – Transportes Coletivos Turísticos Ltda. e Trancid – Transporte Coletivo Cidade de Divinópolis Ltda.; que a outorga do serviço público e a sua renovação foram feitas sem prévia licitação, contrariando as regras constitucionais e legais que regem a matéria, ressaltando que os contratos originais não existiam, pois não foram encontrados nos arquivos da Administração Pública municipal; que os réus agiram de má-fé, utilizando-se de artifício e ardil, pois obtiveram autorização para a renovação da concessão na Lei municipal nº 5.405/2002, que é inconstitucional porque extrapola os limites da competência legislativa do Município; e que os atos de concessão do serviço e de renovação são nulos e caracterizam improbidade administrativa, por dispensa indevida de licitação e por violação aos princípios que regem a Administração Pública,



conforme tipificado no art. 10, VIII, e no art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429, de 2/6/1992. Pede que se declare a nulidade dos contratos de concessão, mantendo-se a prestação do serviço apenas até que a licitação seja realizada. Requer, ainda, a condenação dos réus – exceto o réu Município de Divinópolis/MG – nas penas previstas no art. 12, II e III, da Lei nº 8.429/92. A inicial (fls. 2/32) foi instruída com os documentos de fls. 33/325.

Os réus foram notificados (fls. 347/365, 429/443, 468/468v., 487/487v. e 496/496v.). Apresentaram resposta apenas os réus Município de Divinópolis/MG, Galileu Teixeira Machado, Exdil Expresso Divinopolitano Ltda., Trancid – Transporte Coletivo Cidade de Divinópolis Ltda., Ascânio Gontijo Júnior e Roberto José Carvalho (fls. 366/370, 381/400, 497/512 e 514/530).

Na decisão de fls. 559/560 a inicial foi recebida.

Os réus foram citados (fls. 562/568, 569/582v., 584/584v., 585/587, 589/596), exceto o réu Roberto José Carvalho (fls. 669/669v.), mas ele compareceu espontaneamente ao processo.

O réu Galileu Teixeira Machado apresentou agravo retido contra a decisão de recebimento da inicial (fls. 618/622). O recurso foi respondido pelo autor (fls. 660/664). A decisão agravada foi mantida (fl. 673).

Os réus apresentaram contestações (fls. 597/615, 624/632, 644/652, 655/656 e 674/701), exceto o réu José Eustáquio de Azevedo, por defeito de representação, cuja revelia foi decretada (fl. 1.111). Posteriormente ele apresentou procuração (fl. 1.114).

O réu Galileu Teixeira Machado alegou, preliminarmente, que a inicial é inepta porque a eventual dispensa de licitação pode, em tese, caracterizar ilegalidade, mas não improbidade, ressaltando que na inicial não lhe foi imputada nenhuma conduta dolosa, de modo que não foi descrito nenhum ato de improbidade; que o inquérito civil conduzido pelo Ministério Público acarreta a nulidade das provas nele colhidas; que os



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

agentes políticos não estão sujeitos à Lei nº 8.429/92, o que caracteriza impossibilidade jurídica do pedido; e que os autores da Lei municipal nº 5.405/2002, que autorizou a prorrogação da concessão questionada, devem ser incluídos no polo passivo da lide. No mérito sustenta, resumidamente, que a prorrogação de concessões de serviço público é praxe na administração pública, especialmente as anteriores à CRFB/88, e encontra respaldo no art. 175, I, da CRFB/88 e no art. 42, § 2º, da Lei nº 8.987/95; que as concessões questionadas na petição inicial foram prorrogadas nos anos de 1982, nos termos da Lei municipal nº 809/1967, 1992 e 2002, esta última conforme autorização da Lei municipal nº 5.405/2002, destacando que o fato de não terem sido encontrados os instrumentos dos contratos não significa a inexistência dos contratos de concessão; e que inexistente dolo ou culpa grave em sua conduta, destacando que cumpriu a legislação municipal e assegurou a prestação do serviço público de transporte coletivo (fls. 597/615).

A ré Viação São Cristóvão Ltda. também apresentou contestação e alegou, preliminarmente, que o pedido é juridicamente impossível porque os contratos foram autorizados pela Lei municipal nº 5.405/2002 e porque a ação civil pública não é meio adequado para questionar a constitucionalidade de lei; e que o Ministério Público é parte ativa ilegítima para esta ação. No mérito argumenta, em síntese, que a concessão foi prorrogada para atender o interesse público, o que descaracteriza a improbidade administrativa; que as concessões vencidas antes da Lei nº 8.987/95 foram prorrogadas pelo prazo mínimo de 2 anos, sem fixação de prazo máximo, de forma que ficou a cargo da administração definir a oportunidade e a conveniência da realização de novas licitações; que o contrato foi celebrado com base em lei municipal, a qual autorizou inclusive a sua prorrogação; que não existe prova de qualquer lesão ao erário, enriquecimento ilícito ou má-fé, tanto que a prorrogação foi autorizada por lei, o que descaracteriza a improbidade (fls. 624/632).



Instruiu a defesa com os documentos de fls. 633/643.

Na mesma linha, os réus José de Fátima Silva e Márcio Daldegan alegaram em sua contestação, preliminarmente, que o pedido é juridicamente impossível porque a prorrogação da concessão foi baseada na Lei municipal nº 5.405/2002; e que o serviço prestado atende o interesse público, o que torna o Ministério Público parte ativa ilegítima. No mérito alegam, em resumo, que a renovação da concessão visou atender o interesse público, o que foi respaldado pelo art. 42, § 2º, da Lei nº 8.987/95, que fixou prazo mínimo de vigência das concessões, mas não limitou o prazo máximo, que ficou a critério da administração; e que não ocorreu lesão ao erário porque os serviços foram devidamente prestados, ressaltando que não agiram de má-fé (fls. 644/652).

O Município de Divinópolis/MG manifestou-se nos termos do art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65, abstendo-se de contestar o pedido (fls. 655/656).

Os réus Exdil – Expresso Divinopolitano Ltda., Ascânio Gontijo Júnior, Kênia Gontijo, Trancid – Transporte Coletivo Cidade de Divinópolis Ltda., Roberto José Carvalho, Osvaldo Marcelino Daldegan, Braulino F. Oliveira Ltda., Arailton Francisco de Oliveira, Aderi Francisco de Oliveira, Transpratur Transportes Coletivos e Turísticos Ltda., Rafael Antônio da Silva, José Eustáquio de Azevedo, Viação Samaritana Ltda., João Marcelino Daldegan, Viação Daldegan Ltda. e João Luiz Daldegan alegaram em sua contestação, preliminarmente, que o pedido é juridicamente impossível porque a renovação da contratação foi autorizada pela Lei municipal nº 5.405/02, o que descaracteriza a improbidade administrativa; e que o inquérito civil público instaurado pelo autor não se presta a instruir esta ação porque os interessados não foram ouvidos, violando-se o princípio da ampla defesa. No mérito argumentam, em síntese, que o art. 42 da Lei nº 8.987/95 não fixou prazo máximo para a validade das concessões e permissões, e tampouco para a realização de licitação, deixando-o a cargo da



administração; que a prorrogação dos contratos de concessão foi autorizada pela Lei municipal nº 5.405/02; e que não agiram de má-fé e tampouco com dolo ou culpa, inexistindo prejuízo ao erário, o que descaracteriza a improbidade administrativa, ressaltando que a prorrogação era necessária para manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, pois realizaram investimentos para a prestação do serviço (fls. 674/701). A defesa foi instruída com os documentos de fls. 702/1.020.

O autor impugnou as contestações (fls. 1.031/1.052).

O réu Rafael Antônio da Silva apresentou nova contestação ratificando os termos do ato anterior e justificando a repetição do ato pelo fato de ter sido novamente citado (fls. 1.129/1.156).

O processo foi saneado, afastando-se as preliminares alegadas pelos réus (fls. 1.175/1.180).

A ré Viação São Cristóvão Ltda. apresentou agravo retido desta última decisão (fls. 1.186/1.187), que foi respondido pelo autor (fls. 1.188/1.195). A decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (fl. 1.196).

Não foram produzidas outras provas.

O réu Arailton Francisco de Oliveira faleceu no curso do processo e foi sucedido por seu espólio (fl. 1.276).

O autor e os réus Galileu Teixeira Machado, Braulino F. Oliveira Ltda., Aderi Francisco de Oliveira, Espólio de Arailton Francisco de Oliveira, Viação São Cristóvão Ltda., José de Fátima Silva, Márcio Daldegan, Trancid – Transporte Coletivo Cidade de Divinópolis Ltda., Roberto José Carvalho apresentaram razões finais ratificando seus argumentos e tecendo considerações sobre as provas (fls. 1.201/1.216, 1.219/1.222, 1.225/1.230, 1.231/1.236, 1.242/1.248, 1.249/1.255, 1.257/1.262 e 1.285/1.288 e 1.298/1.313).

Apesar de devidamente intimados, os demais réus não apresentaram memoriais.

É o relatório. Decide-se.



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

Inicialmente, registre-se que as preliminares foram rejeitadas na decisão de saneamento do processo, conforme relatado, a qual é ratificada por seus próprios fundamentos.

No mérito, o pedido será julgado procedente, em parte.

Dispõe o art. 175, parágrafo único, I, da CRFB/88:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; (...).”

A União, no exercício de sua competência legislativa, traçou as regras gerais sobre as concessões e permissões de serviços públicos na Lei federal nº 8.987, de 13/2/1995.

Os conceitos de concessão e permissão de serviços públicos foram dados no art. 2º, II e IV, da Lei nº 8.987/95, nos seguintes termos:

“Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

(...)

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.”

Na doutrina, Diógenes Gasparini fornece a definição dos referidos institutos jurídicos, *in verbis*:

“Assim, sem mais delongas, concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certo serviço público que lhe é privativo a um particular que para isso manifeste interesse e que será remunerado adequadamente mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ela aprovada. Essa lei considera a concessão de serviço público como a 'delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado' (art. 2º, II). O conceito que ofertamos para a concessão de serviço público vale para a permissão de serviço público, com uma só alteração: em lugar de contrato administrativo coloca-se contrato de adesão, conforme exigido pelo art. 40 dessa lei. Permissão de serviço público para a Lei federal n. 8.987/95 é 'a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco' (art. 2º, IV). A expressão 'sob condição', colocada no texto da definição que ofertamos, significa substancialmente execução e exploração em nome do concessionário e por sua conta e risco, como, aliás, consta do conceito legal." (GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 17ª edição. Saraiva, 11/2011. VitalSource Bookshelf Online, pág. 421).

Definidas estas premissas, o caso dos autos trata de concessões do serviço de transporte público urbano e rural no Município de Divinópolis/MG, conforme relatado.

Dentre os requisitos da concessão destaca-se a necessidade de prévia licitação. A CRFB/88, aliás, é incisiva ao afirmar que a concessão deverá se dar "sempre através de licitação", conforme o art. 175, *caput*, acima transcrito.

Tal exigência é repetida no art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95, como visto. Esta Lei foi além, prevendo em seu art. 43, *caput*, a extinção de todas as concessões de serviço público outorgadas sem licitação na vigência da CRFB/88. Confira-se:

"Art. 43. Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988."

Sem embargo disso, o serviço público de transporte coletivo foi regulado em âmbito municipal pela Lei nº 3.320, de 9/9/1992, que também exige a licitação para o caso de concessão, *in verbis*:

"Art. 5º No caso de delegação, observar-se-á o seguinte:
I - a exploração de serviços regulares será feita por concessão a empresas particulares, mediante contrato e após licitação pública; (...)"

Não obstante, a Lei municipal nº 5.405, de 2/7/2002, autorizou a renovação das concessões do serviço de transporte



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

coletivo urbano e rural vigentes no Município de Divinópolis/MG, independentemente de licitação.

A propósito, dispõe o art. 1º, parágrafo único, da Lei municipal nº 5.405/02:

“Art. 1º Fica autorizada a renovação das atuais delegações para exploração dos serviços de transporte coletivo de Divinópolis, nos termos do § 2º do art. 6º, §§ 2º e 4º do art. 13, todos da Lei 3230 de 09 de setembro de 1992. (sic)

Parágrafo único. Finda a renovação a que se refere este artigo será realizado, obrigatoriamente, processo licitatório para novas delegações.”

Com base na referida norma, no dia 6 de setembro de 2002, sem prévia licitação, o Município de Divinópolis/MG renovou, pelo prazo de 10 (dez) anos, os contratos de concessão do serviço público de transporte coletivo urbano e rural, celebrados em 1992 com as empresas Braulino F. Oliveira Ltda. (fls. 82/103), Viação Samaritana Ltda. (fls. 104/125), Viação São Cristóvão Ltda. (fls. 126/147), Exdil – Expresso Divinopolitano Ltda. (fls. 148/169), Viação Daldegan Ltda. (fls. 194/214), Transpratur – Transportes Coletivos Turísticos Ltda. (fls. 215/236) e Trancid – Transporte Coletivo Cidade de Divinópolis Ltda. (fls. 170/193).

Conclui-se, então, que todos os contratos de concessão são nulos, por não terem sido precedidos de licitação, contrariando o art. 175, *caput*, da CRFB/88 e a Lei federal nº 8.987/95.

Data maxima venia, a Lei municipal nº 5.405/02, invocada pelas defesas para justificar a validade das concessões, padece de vício de inconstitucionalidade material.

Realmente, o art. 175, *caput*, da CRFB/88 é muito claro ao exigir a licitação para todos os casos de concessão e permissão de serviços públicos. Não é demais transcrever novamente o referido dispositivo constitucional:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”



Ao dispensar a licitação prévia e postergá-la para o término dos contratos de concessão a Lei municipal nº 5.405/02 violou flagrantemente o art. 175, *caput*, da CRFB/88.

Nesse ponto, as considerações defensivas sobre a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão, com a devida vênia, não podem ser acolhidas.

Realmente, dispõe o art. 42, § 2º, e o art. 43 da Lei federal nº 8.987/95:

“Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei.

(...)

§ 2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses.”

“Art. 43. Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988.”

Da análise circunspecta dos dispositivos legais chega-se à inexorável conclusão de que a prorrogação só é admitida se a concessão anterior tiver sido precedida de licitação. Em caso contrário ela é extinta.

Consequentemente, deverá ser acolhido o pedido de declaração de nulidade dos contratos de concessão objeto da lide.

Como se trata de serviço público essencial, deverá ser mantido o serviço até a realização de processo licitatório que viabilize nova concessão, se for o caso.

Outrossim, deverá ser ressaltada a possibilidade de ter sido realizada nova concessão, precedida de licitação, em 2012, com o término do prazo dos contratos nulos. Neste caso o Município de Divinópolis/MG não deverá realizar outro processo licitatório, mantendo-se a prestação de serviços.



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

Tudo isso deverá ser apurado na fase de execução da sentença.

Em segundo lugar, no que concerne aos atos de improbidade administrativa imputados aos réus –exceto ao réu Município de Divinópolis/MG– preveem o art. 10, VIII, e o art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429, de 2/6/1992:

“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; (...).”

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...).”

A caracterização dos atos de improbidade administrativa tipificados no art. 10 Lei nº 8.429/92 pressupõe dolo ou culpa do agente e prova do efetivo prejuízo ao erário.

Os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei nº 8.429/92 caracterizam-se mediante prova do dolo, sendo suficiente o dolo genérico.

A propósito dos temas, colhe-se da lição de Eurico Ferraresi:

“A redação do *caput* do art. 10 da LIA não deixa dúvida de que esta modalidade de improbidade administrativa somente se perfaz com a lesão ao erário. Há de existir perda patrimonial para o Poder Público; sem resultado danoso ao erário afasta-se a modalidade. Ademais, torna-se necessária a relação entre a lesão ao erário e o atuar do agente público. Se a lesão for causada por evento alheio à esfera de responsabilidade do agente público, afasta-se esta modalidade de improbidade administrativa. Necessário, pois, comprovar o nexo de causalidade.

(...)

O art. 10 faz expressa referência ao elemento subjetivo do agente, dizendo que a conduta poderá ser dolosa ou culposa.

(...)

Enquanto o art. 10 assenta que os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário podem ser praticados dolosa ou culposamente, o art. 11 nada esclarece quanto ao elemento subjetivo. E nem precisaria. Aberra ao bom senso imaginar conduta ímproba que ofenda princípios da Administração Pública praticada culposamente. É imperativo, assim, o dolo.



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

Conforme decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, a conduta prevista no art. 11 da LIA exige prova da má-fé e dolo; não comprovado o elemento subjetivo, não se pode reconhecer ato de improbidade administrativa. Veja-se a decisão:

'Ainda que se admita condutas omissivas dos demandados, deixando de impedir a aprovação de projeto de construção em desacordo com as posturas municipais, certo é que não restou configurado ato de improbidade administrativa, previsto no artigo 11, I, da Lei n.º 8.429/92, ausente na espécie o elemento subjetivo, isto é, o dolo. (...) Em suma, não demonstrado que os réus agiram com má-fé para aprovação de projeto ilegal de construção, não há lugar para condenação por improbidade administrativa, com fundamento no artigo 11, I, da Lei n.º 8.429/92'.

Note-se que nem sempre a caracterização do dolo exige má-fé. Com efeito, à luz dos ensinamentos da teoria finalista da ação e da teoria normativa pura da culpabilidade, basta o dolo natural. Ora, se na esfera do direito penal, segundo o qual os limites da tipicidade são mais densos em comparação ao campo da improbidade administrativa, reina o conceito de dolo natural, não há por que não se reconhecer o dolo natural também para os atos de improbidade administrativa." (FERRARESI, Eurico. Improbidade Administrativa - Lei 8.429/1992 Comentada. Método, 08/2011. VitalSource Bookshelf Online; págs. 92, 94 e 118/119).

No mesmo sentido, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. DANO EFETIVO NÃO DEMONSTRADO. NECESSIDADE DE REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. NECESSIDADE DO EFETIVO DANO AO ERÁRIO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. O Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, ao analisar a apelação, entendeu pela não ocorrência de dano ao erário, tipificado pelo art. 10 da Lei n. 8.429/92, e, portanto, não houve prática de ato de improbidade administrativa apto a fazer incidir as penalidades previstas na legislação, sob a seguinte respectiva. Portanto, modificar o acórdão recorrido, como pretende o recorrente, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ.

2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa exige-se a presença de pressuposto objetivo, qual, seja, o efetivo dano ao erário. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido." (STJ, AgRg no AREsp 724.450/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 23/09/2015; disponível no [site www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br); acesso no dia 3/6/2016).

"IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. INSTÂNCIA ORDINÁRIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

4. O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

5. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

6. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.

7. Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015, REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015, AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015, AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014.

(...)” (STJ, AgRg no AREsp 654.406/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 04/02/2016; disponível no *site* www.stj.jus.br; acesso no dia 3/6/2016).

O ônus probatório dos elementos que integram a conduta tipificada como improbidade administrativa é do autor da ação, no caso, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 333, I, do CPC/1973, aplicável por força do art. 17, § 6º, da Lei nº 8.429/92.

Quanto aos atos de improbidade administrativa tipificados no art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92, não foi comprovado o prejuízo ao erário.

Aliás, o autor não apontou concretamente o suposto prejuízo, limitando-se a afirmar que a não realização da licitação, por si só, acarreta o prejuízo.

Com todo respeito, o fato de não ter sido realizada licitação não autoriza a presunção de que houve prejuízo ao erário do Município de Divinópolis/MG. Para se chegar a esta conclusão basta imaginar a celebração de um contrato que, a despeito de não ter sido precedido de licitação, tem valores inferiores aos praticados no mercado.

Não se olvide, ainda, que a presunção de prejuízo ao erário equivaleria à responsabilização objetiva, invertendo indevidamente o ônus da prova, do acusador para o acusado, o que violaria o princípio do devido processo legal.



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

A lesão ao erário, pressuposto da caracterização da improbidade, depende de prova, mesmo no caso do ilícito previsto no art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92.

Nesse sentido, leciona Eurico Ferraresi:

“O agente público que frustra o processo licitatório ou o dispensa indevidamente, causando lesão ao erário, comete improbidade administrativa, à medida que afasta a saudável competição entre os interessados a contratar com o Poder Público. Comungamos do entendimento de Sérgio Turra Sobrane, no sentido de que somente haverá a incidência do art. 10, VIII, quando a conduta do agente ocasionar lesão ao erário; não ocorrendo a lesão, mas subsistindo a ilicitude da dispensa ou a frustração do procedimento licitatório, a conduta poderá ser tipificada no art. 11.” (obra citada, pág. 101)

Portanto, não existindo prova do prejuízo, o pedido é improcedente nesse pormenor.

Na mesma linha, não restaram caracterizados os atos de improbidade administrativa tipificados no art. 11 da Lei federal nº 8.429/92, porque inexiste prova do dolo dos réus.

Realmente, como analisado, as concessões do serviço público de transporte foram autorizadas pela Lei municipal nº 5.405/02, que previu em seu art. 1º:

“Art. 1º Fica autorizada a renovação das atuais delegações para exploração dos serviços de transporte coletivo de Divinópolis, nos termos do § 2º do art. 6º, §§ 2º e 4º do art. 13, todos da Lei 3230 de 09 de setembro de 1992. (sic)

Parágrafo único. Finda a renovação a que se refere este artigo será realizado, obrigatoriamente, processo licitatório para novas delegações.”

Os vereadores que integravam o Poder Legislativo do Município de Divinópolis/MG quando a Lei municipal nº 5.405/02 foi aprovada não foram incluídos no polo passivo desta ação.

Para se afirmar a existência de dolo –materializado num eventual conluio ímprobo– os vereadores deveriam integrar o polo passivo. Afinal, foram eles que aprovaram a Lei municipal nº 5.405/02.

Mesmo porque, não poderia haver dolo isolado dos réus para viabilizar a concessão do serviço público. Há de se convir



que a intenção isolada deles seria tolhida na Câmara Municipal de Divinópolis/MG, por óbvio.

Data venia, se o autor da ação não incluiu os então vereadores no polo passivo é porque ele entendeu que não houve dolo por parte deles na aprovação da Lei municipal nº 5.405/02.

Diante desse quadro, chega-se à conclusão de que também não existiu dolo por parte dos réus. Afinal, se os então vereadores não agiram com dolo, não há elementos suficientes para afirmar que os réus assim agiram, porque as concessões basearam-se na Lei municipal nº 5.405/02, que goza de eficácia, malgrado seja inconstitucional no ponto examinado.

Os instrumentos das concessões de 1992 não foram encontrados nos arquivos da Prefeitura Municipal de Divinópolis/MG (fl. 239). Contudo, não se vislumbra má-fé neste fato, diante da ausência de outros elementos probatórios, porque se trata de documentos antigos e o extravio é natural nestes casos, devido ao decurso do tempo.

Não obstante, as rés Viação Samaritana Ltda. (fl. 244), Transpratur – Transportes Coletivos Turísticos Ltda. (fls. 246/247), Viação São Cristóvão Ltda. (fls. 255, 318 e 319), Viação Daldegan Ltda. (fl. 255) apresentaram cópias dos decretos municipais relativos às respectivas concessões dos serviços, o que deve ser destacado, pois afasta a alegação de má-fé e confirma a possibilidade de simples extravio.

Mesmo porque, o autor não questionou a efetiva prestação dos serviços antes da renovação realizada em 2002, de modo que é irrelevante para o desate da lide a não apresentação dos instrumentos que legitimavam as concessões anteriores.

Não se pode olvidar, ainda, que a renovação de concessões, de acordo com o documento de fls. 1.164/1.166, parece ser uma prática na administração pública.

Se é certo que tal conduta não se coaduna com os preceitos constitucionais e legais aplicáveis, também é certo que,



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

diante da ausência de provas de má-fé, ela desautoriza a tipificação de improbidade administrativa. A praxe na administração pública relativiza a consciência da ilicitude, fazendo com que administradores inábeis repitam os mesmos equívocos.

Como já assentado na doutrina e na jurisprudência pátria, a Lei nº 8.429/92 não tem por escopo punir o administrador inábil, mas o desonesto.

A propósito, é a lição de José dos Santos Carvalho Filho quando comenta o art. 11 da Lei nº 8.429/92:

“No dispositivo em foco, constitui objeto da tutela a observância dos princípios constitucionais. Com a positivação dos princípios, criaram-se tipos legais conformadores de improbidade administrativa. Assim, a violação de princípio configura-se fatalmente como violação do princípio da legalidade.

O pressuposto exigível é somente a vulneração em si dos princípios administrativos. Consequentemente, são pressupostos dispensáveis o enriquecimento ilícito e o dano ao erário. A improbidade, portanto, cometida com base no art. 11, pode não provocar lesão patrimonial às pessoas mencionadas no art. 1º nem permitir o enriquecimento indevido de agentes e terceiros. É o caso em que o agente retarda a prática de ato de ofício (art. 11, II). Não obstante, essa improbidade pode caracterizar-se como gravíssima, permitindo até mesmo a aplicação das sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos.

O elemento subjetivo é exclusivamente o dolo; não tendo havido na lei referência à culpa, como seria necessário, não se enquadra como ato de improbidade aquele praticado por imprudência, negligência ou imperícia. Poderá, é óbvio, constituir infração funcional e gerar a aplicação de penalidade, conforme a lei de incidência, mas de improbidade não se cuidará. Como exemplo, já se decidiu não configurar ato de improbidade o atraso do servidor na prestação de contas, sem a prova de que o tenha feito dolosamente.” (FILHO, CARVALHO, José Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 30ª edição. Atlas, 03/2016. VitalSource Bookshelf Online; pág. 1.150).

Ainda sobre o tema, colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO DE CAMPINÁPOLIS/MT. ALEGAÇÃO DE PROMOÇÃO PESSOAL INDEVIDA EM JORNAL LOCAL (FOLHA DO ARAGUAIA). ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) NÃO CONFIGURADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9o.), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10).



2. Não se tolera, porém, que a conduta culposa dê ensejo à responsabilização do Servidor por improbidade administrativa; a negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade; ademais, causa lesão à razoabilidade jurídica o sancionar-se com a mesma e idêntica reprimenda demissória a conduta ímproba dolosa e a culposa (art. 10 da Lei 8.429/92), como se fossem igualmente reprováveis, eis que objetivamente não o são.

3. O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa).

(...)

6. Ademais, não houve associação à conduta do recorrente do elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não havendo que se falar, portanto, em cometimento de ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei 8.429/92. Precedentes: REsp. 939.142/RJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, DJe 10.04.2008; AgRg no REsp. 1.260.963/PR, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 14.05.2012.

7. Recurso Especial provido, para absolver o recorrente da conduta ímproba que lhe é imputada, a despeito do parecer Ministerial oficial pelo seu desprovimento." (STJ, REsp 1186192/MT, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 02/12/2013; disponível no site www.stj.jus.br; acesso no dia 3/6/2016).

Ante o exposto, julga-se procedente, em parte, o pedido, para declarar nulos os contratos de concessão de serviço público de transporte coletivo celebrados entre o réu Município de Divinópolis/MG e as rés Braulino F. Oliveira Ltda. (fls. 82/103), Viação Samaritana Ltda. (fls. 104/125), Viação São Cristóvão Ltda. (fls. 126/147), Exdil – Expresso Divinopolitano Ltda. (fls. 148/169), Viação Daldegan Ltda. (fls. 194/214), Transpratur – Transportes Coletivos Turísticos Ltda. (fls. 215/236) e Trancid – Transporte Coletivo Cidade de Divinópolis Ltda. (fls. 170/193), facultada a manutenção dos serviços até a conclusão de licitação para nova concessão do serviço –se não for o caso de prestação direta pelo Município– o que deverá ocorrer no prazo máximo de 1 (um) ano, contado do trânsito em julgado desta sentença, ressalvadas as concessões com o mesmo objeto eventualmente realizadas no curso do processo e regularmente precedidas de licitação, as quais deverão ser mantidas.



Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

O réu Município de Divinópolis/MG está isento das custas (Lei estadual nº 14.939/03, art. 10, I). As rés Braulino F. Oliveira Ltda., Viação Samaritana Ltda., Viação São Cristóvão Ltda., Exdil – Expresso Divinopolitano Ltda., Viação Daldegan Ltda., Transpratur – Transportes Coletivos Turísticos Ltda. e Trancid – Transporte Coletivo Cidade de Divinópolis Ltda., em virtude da sucumbência parcial, deverão pagar, cada uma, 5% (cinco por cento) das custas processuais.

Os réus que sucumbiram parcialmente e o Ministério Público não são condenados a pagar honorários advocatícios por que este órgão estatal não tem direito de receber e tampouco obrigação de pagar tais honorários.

Esta sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 496 do CPC/2015, que dispõe:

“Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;
II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.”

Como o valor do direito controvertido é ilíquido, no que concerne à regra prevista no art. 496, § 3º, do CPC/2015, aplica-se a súmula 490 do Superior Tribunal de Justiça:

“A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.”

Assim, processados eventuais recursos das partes ou decorrido o prazo para recurso voluntário, estes autos deverão ser remetidos ao Tribunal de Justiça para o reexame necessário.

P. R. I. C.

Divinópolis/MG, 6 de junho de 2016.

Núbio de Oliveira Parreiras
Juiz de Direito