

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO,
DO E. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS – TCE/MG**

PROCESSO TC Nº 737786

Ref.: Ofício nº 4196/2021 – SEC/1ª Câmara

VIAÇÃO UBÁ TRANSPORTES LTDA., já devidamente qualificada nos autos do processo em referência vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, por meio de seus representantes legais *in fine* assinalados, apresentar **ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS**, tendo em vista o r. Ofício em epígrafe, recebido por esta VIAÇÃO UBÁ em 29 de julho de 2021, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

1 de 33

I. BREVE SÚMULA DO PROCESSADO

Trata-se de Representação, apresentada por Viação Varginha Ltda. e Empresa Unida Mansur & Filhos Ltda., em face do Edital de Concorrência Pública nº 003/2007, **no qual sagrou-se vencedora esta VIAÇÃO UBÁ** (Contrato nº 108/2007).

Inobstante os esclarecimentos já prestados por todas as partes – e, notadamente, por esta VIAÇÃO UBÁ (fls. 685,696), **os quais ora se reitera** –, as Unidades Técnicas desse E. TCE/MG pugnam pela existência de supostos dano ao erário ao longo da vigência contratual, requerendo-se, ao fim, pela manifestação desta Contratada. É ver-se:

“entendeu, ainda, este Órgão Técnico, considerando os vícios constatados nos estudos técnicos constantes nos presentes autos, que o contrato vigente seria danoso ao interesse dos usuários do serviço concedido, revelando alto potencial de dano ao erário ao longo de sua vigência, e por essas razões, esta Corte poderia recomendar ao atual gestor do Município de Ubá, a promoção das alterações contratuais necessárias (...)
Considerando-se que a ocorrência de dano seria derivada da não adoção dessas providências, pelas razões expostas no reexame das defesas apresentadas, e, não havendo nos autos notícia acerca da sua adoção, impõe-se a necessidade da verificação da sua ocorrência.”

É sobre a indigitada suposta ocorrência de danos ao erário, nos termos do r. Ofício, que esta Contratada ora se manifesta.

II. DA REAL SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO Nº 108/2007

Em que pese o zelo que as Unidades Técnicas demonstram ter nos presentes autos, há de se salientar aspecto **ESSENCIAL** para a real compreensão da situação fática do Contrato nº 108/2007, qual seja, a necessária

observância, seja pela Unidade Técnica, seja pelo MPC, do **princípio da verdade material**, alicerce para qualquer análise realizada na seara administrativa.

Princípio imanente dos processos administrativos, **o princípio da verdade material é verdadeiro imperativo à Administração Pública**, decorrência lógica do interesse público que permeia toda a atuação administrativa.

Ora, sabe-se que enquanto ao Judiciário é garantido o “livre convencimento” do juiz, conjugado ao seu dever de inércia, o que o impossibilita de alcançar as provas que não estejam encartadas aos autos, no âmbito administrativo é dever do julgador a busca da verdade real, podendo, para tanto, valer-se, inclusive, de provas não constantes do processo.

SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, com inegável perspicácia, assim abordam o princípio da verdade material:

“Em oposição ao princípio da verdade formal, inerente aos processos judiciais, no processo administrativo se impõe o princípio da verdade material. O significado deste princípio pode ser compreendido por comparação: no processo judicial habitualmente se tem entendido que aquilo que não consta nos autos não pode ser considerado pelo juiz (ao qual se reconhece, contudo, certa margem de liberdade na investigação da verdade e, mesmo, da produção de provas), cuja decisão fica adstrita às provas ali produzidas; **no processo administrativo o julgador deve sempre buscar a verdade, ainda que para isso tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados**”¹(Destacou-se)

¹ FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. Op. Cit. p. 133.

A lição acima é complementada pelos ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES, ao mencionar o papel do julgador na esfera administrativa, em comparação ao do juiz:

“O princípio da verdade material, também denominado da liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova de que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. **É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o juiz deve cingir-se às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela**”². (Destacou-se)

Por fim, cite-se a lição de ODETE MEDAUAR, ao referir-se ao aludido princípio:

“O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, **exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos.** Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las”³. (Destacou-se)

Sendo papel do julgador nos processos administrativos, a busca pela verdade material, isto é, o pleno entendimento e alcance da

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 617.

³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11ª Ed. São Paulo: RT. 2007. p. 311.

situação efetivamente vivenciada no Contrato nº 108/2007, necessária a análise, de forma mais abrangente e detida, dos argumentos ora trazidos ao conhecimento desse E. TCE/MG – notadamente em razão dos severos prejuízos que, não a Municipalidade, mas esta VIAÇÃO UBÁ, tem suportado isoladamente no curso da contratação.

Independentemente dos eventuais equívocos originalmente consignados no Contrato nº 108/2007, a verdade é que, ao longo de toda a execução contratual, a Contratada tem suportado uma política tarifária antiquada, não aderente aos termos da Lei Federal nº 12.587/2012, e que, originou um considerável prejuízo econômico-financeiro à Contratada.

Se o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato nº 108/2007 já era absolutamente delicado entre 2007 e 2019, com o advento da pandemia de COVID-19, referida equação simplesmente desmoronou.

Isso porque, em razão de não haver previsão de **(i)** subsídios tarifários, **(ii)** ressarcimentos, pela Municipalidade, das gratuidades e benefícios tarifários concedidos, bem como de **(iii)** revisão periódica ordinária do contrato de concessão, o Contrato nº 108/2007 ficou, *concessa venia*, “parado no tempo”. Com o advento da pandemia de COVID-19 e da imposição de medidas de poder de polícia sanitária, o equilíbrio contratual entre os encargos da Contratada, e a remuneração a ela devida, mostrou-se uma ilusão, com esta VIAÇÃO UBÁ suportando – **sozinha**, frise-se, e até o presente momento – **todos os impactos negativos causados pela força maior**.

Ao longo do ano de 2020, em diversas oportunidades, esta VIAÇÃO UBÁ apresentou requerimentos administrativos, pleiteando a instauração de processo administrativo de revisão extraordinária do Contrato de Concessão. Demonstrou-se, durante todo o período de um ano, a necessidade

de se compatibilizar o Contrato de Concessão, aos parâmetros da Lei Federal nº 12.587/2012, modificando-se os termos contratuais para fazer constar, ilustrativamente, o pagamento de subsídios tarifários.

Obviamente que, independentemente da razão pela qual esta VIAÇÃO UBÁ requereu a instauração de processo de revisão contratual, a Municipalidade poderia – se assim quisesse – ter promovido não apenas as alterações solicitadas pela Contratada, mas igualmente aquelas propostas por essa Corte de Contas. Isso porque, **a soma maioria das correções solicitadas restariam atendidas com a compatibilização do Contrato nº 108/2007, aos termos da nova legislação de regência do setor.**

Ocorre que, inadvertidamente, todos os requerimentos desta VIAÇÃO UBÁ restaram inócuos – levando ao **prejuízo desta Contratada**, calculado, exclusivamente entre os meses de março e novembro/2020, **da monta de R\$1.201.560,04 (um milhão, duzentos e um mil, quinhentos e sessenta reais e quatro centavos)**

Em razão de tal cenário, a VIAÇÃO UBÁ se viu forçada a ingressar, em 18.12.2020, com Ação de Obrigação de Fazer nº 5006922-74.2020.8.13.0699, em trâmite perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Ubá, ainda pendente de sentença.

Percebe-se, Excelência, que ao contrário do que a Unidade Técnica argui, é claro que inexistem danos ao erário do Município de Ubá. Muito pelo contrário, **se existem danos a alguma das partes contratuais, esse dano é em desfavor desta VIAÇÃO UBÁ.**

Tudo aquilo a que esta VIAÇÃO UBÁ fazia jus em razão de ser concessionária de serviço público de transporte urbano, nos termos cogentes da Lei Federal nº 12.587/2012, não foi concedido pelo Município de Ubá.

O Contrato nº 108/2007, independentemente disso, sempre foi bem cumprido pela Contratada, com a realização de mobilização de pessoal, de investimentos em tecnologia veicular embarcada, bem como em novos veículos, tudo dentro daquilo que previsto contratualmente – mesmo com uma tarifa pública defasada, e sem o necessário subsídio tarifário.

Assim, entende esta VIAÇÃO UBÁ que, na análise a ser realizada por essa D. Corte de Contas, seja no Contrato nº 108/2007, seja nos dados e informações fornecidas por esta Contratada ou pela Municipalidade, se atende para a realidade vivenciada na Contratação.

Muito mais do que meras “conjecturas” ou “possibilidades de danos”, a incidência de qualquer hipótese de responsabilização dos envolvidos necessita de **efetiva comprovação de dano** – o que não há, repise-se, nos presentes autos.

E mais, acaso fosse realmente considerada a existência de danos em razão dos termos contratuais originalmente pactuados, **esta VIAÇÃO UBÁ é quem mais teria sido prejudicada**. Ilustrativo do prejuízo é o montante questionado judicialmente em face do Município de Ubá, apenas em razão do desequilíbrio econômico-financeiro existente no período de março a novembro de 2020.

III. DAS RAZÕES PARA MANUTENÇÃO DO CONTRATO Nº 108/2007

Inobstante os argumentos aduzidos pelas Unidades Técnicas desse E. TCE/MG, há esse D. Conselheiro de considerar que o Contrato nº 108/2007 foi firmado em 05 de setembro de 2007, estando esta VIAÇÃO UBÁ, desde então, exercendo regamente seu *múnus* contratual.

Já se vão quase 15 (quinze) anos desde a realização do certame licitatório que, acaso estivesse eivado de nulidades – o que se cogita tão somente por hipótese – **já encontrar-se-iam prescritas por força do Art. 110-E da Lei Complementar Estadual nº 102/2008**, conforme salientado pelo próprio membro do *parquet* de contas (fls. 1529,2530).

Ademais, o principal suposto vício constante no Edital analisado – a suposta irregularidade quanto à política regulatória tarifária – é, indubitavelmente, **de responsabilidade exclusiva da Administração Municipal**. Não recairia, destarte, à esta VIAÇÃO UBÁ, a necessidade de impugnar especificamente os questionamentos formulados pela Unidade Técnica, eis que recaem sobre aspectos específicos do ato convocatório, ou mesmo da gestão contratual.

Frise-se, também, que como já salientado no tópico II, acima, esta própria VIAÇÃO UBÁ encontra-se refém da política tarifária ultrapassada e equivocada a cargo do Município – que já amealha prejuízos vultosos à esta Contratada, e são objeto, inclusive, de processo judicial específico.

Conforme estudo realizado pela Diretoria de Estudos e Políticas Regionais, Urbanas e Ambientais (DIRUR) do IPEA, a política tarifária ideal no transporte público urbano pode ser assim caracterizada:

“2 POLÍTICA TARIFÁRIA NO TRANSPORTE PÚBLICO URBANO: PRINCIPAIS CONCEITOS, LEGISLAÇÃO E OBJETIVOS

Pode-se definir a política tarifária no sistema de transporte público urbano como o conjunto de medidas, regras e normas estabelecidas pelo poder público que delimitam a forma de financiamento da operação desses sistemas e a cobrança de contrapartida financeira por parte dos usuários. Essa contrapartida financeira paga pelos usuários de transporte é definida na Lei da Mobilidade Urbana (Lei no 12.587/2012) como tarifa pública, e a mesma lei diferenciou esse conceito do conceito de tarifa de remuneração do operador, que não necessariamente representa o mesmo valor da tarifa cobrada do usuário.

A definição do sistema tarifário de um sistema de transporte público é uma atribuição do poder concedente – ressalvando que, no caso dos sistemas municipais, compete às prefeituras a definição do seu valor e estrutura, e no caso dos sistemas metropolitanos, a competência é dos estados. Para estipular as tarifas do transporte, o dirigente público tem de seguir a legislação vigente sobre o tema, estabelecida na Lei da Mobilidade Urbana (12.587/2012), na Lei das Concessões (8.987/1995) e na Lei das Licitações (8.666/1995 e 9.074/1995). (...)

A Lei das Concessões (8.987/1995) estabeleceu a obrigatoriedade de processos de revisão tarifária a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, além da necessidade de os gestores atenderem ao princípio estabelecido de modicidade tarifária quando fixarem o preço da tarifa pública.

A revisão tarifária, diferentemente dos reajustes tarifários necessários periodicamente para reposição da inflação, deve ocorrer quando as condições estruturais dos contratos se alteram, impactando o equilíbrio econômico-financeiro do sistema. (...)

A política tarifária manejada pelo Município de Ubá, desde a Concorrência Pública nº 03/2007 **não poderia ser mais diferente.**

O Contrato nº 108/2007 (i) **NÃO PREVÊ** auxílio ou subsídio tarifário, notadamente para fazer frente aos custos relativos às gratuidades, (ii) **NÃO PREVÊ** revisão tarifária periódica, (iii) **NÃO PREVÊ** o reajuste anual tarifário de modo adequado às realidades setoriais, (iv) **NÃO PREVÊ** a

repartição de riscos, entre outros, tudo conforme expressamente estabelecido no art. 9º da Lei Federal nº 12.587/2012.

Por tudo isso, esta VIAÇÃO UBÁ tem diligenciado reiteradamente junto à Municipalidade de Ubá – pelo menos desde 2020 – visando promover a readequação dos termos contratuais, notadamente em razão da necessária adaptação da prestação dos serviços à Lei Federal nº 12.587/2012, promulgada posteriormente à celebração do Contrato de Concessão, mas que, inegavelmente é de aplicação cogente ao Contrato nº 108/2007.

As alterações solicitadas por esta VIAÇÃO UBÁ sempre foram ignoradas pela Municipalidade – tanto que, em razão do estado absoluta inércia estatal, a Contratada acabou por ajuizar Ação de Obrigação de Fazer específica perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Inobstante todo esse cenário, fato é que a VIAÇÃO UBÁ é terceira de boa-fé, contratada legitimamente, por meio de competente processo licitatório sobre o qual, em razão do decurso temporal, sequer pode ser realizado juízo de cognoscibilidade – não podendo o Contrato nº 108/2007 ser anulado por essa E. Corte de Contas Estadual, sob pena de violação de princípios quistos ao nosso ordenamento jurídico, tais como (i) a segurança jurídica, e (ii) a boa-fé contratual e a proteção à confiança legítima.

Vejamos.

3.1. Do princípio da segurança jurídica

Releva notar-se, inicialmente, que a consequência imediata de eventual anulação do Contrato nº 108/2007 será a desconstituição de todos os atos dele decorrentes.

Há que se mencionar desse modo, que a situação jurídica originada pelo Contrato nº 108/2007 encontra-se estabilizada juridicamente, razão pela qual não pode ser desconstituída, ainda que eventualmente se encontre (afirmação esta que se faz apenas a título argumentativo) algum vício de origem dos termos editalícios.

Isso se dá pela presença inegável da boa-fé da Contratada que, confiando na regularidade de procedimento licitatório (a Concorrência Pública nº 03/2007) apresentou proposta firme e sagrou-se vencedora.

Firmado o Contrato nº 108/2007, a Contratada pôs-se a executar todas as suas obrigações contratuais, mobilizando pessoas e capital.

A doutrina explicita a necessidade de se prestigiarem situações jurídicas quando ao menos uma das partes se coloca com boa fé, confiando na legalidade dos atos ou fatos derivados de condutas da outra. Confira-se:

“Considerando, na sua globalidade, os dispositivos consagrados à confiança, descobre-se, como factores necessários para a protecção, três elementos: uma situação de confiança conforme com o sistema e traduzida na boa fé subjectiva e ética, própria da pessoa que, sem violar os deveres de cuidado e de indagação que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias; uma justificação para essa confiança, expressa na presença de elementos objectivos capazes de, em abstracto, provocarem uma crença plausível; um investimento de confiança consistente em, de parte do sujeito, ter havido um assentar efectivo de actividades jurídicas sobre a crença

consubstanciada, em termos que desaconselhem o seu preterir. O segundo elemento pode ser dispensado, nalgumas situações, pela intensidade particular que assuma o primeiro, como sucede na posse não titulada de boa fé: renuncia-se a sistemática móvel. Nas previsões normativas informadas por este quadro, há um sobrenadar do interesse do confiante face ao do prejudicado pela tutela que, àquele, seja concedida: é esse o papel da disposição legal específica, atuante no caso”⁴

E o mesmo raciocínio aplica-se, no Direito Administrativo, quando se questionam os limites à invalidação de atos administrativos irregulares ou à desconstituição dos seus efeitos.

É este o pensamento de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, renomado monografista do tema, para quem:

“Se o princípio da boa fé pode determinar, como se acaba de assinalar, a invalidade do ato realizado em contradição com ele, pode conduzir do mesmo modo justamente ao contrário: à manutenção de um ato que, a não incidir o princípio, deveria desaparecer do mundo jurídico.

O princípio *favor acti*, a atenuação da transcendência dos defeitos formais, o atraso desleal no exercício da pretensão anulatória constituem outras tantas manifestações da boa fé, que operam pela via de exceção face ao exercício da pretensão anulatória e, no caso, se as prerrogativas da Administração tiverem permitido a consumação da anulação, por via de ação perante a Jurisdição contencioso-administrativa, a fim de que anule o ato anulatório, mantendo a eficácia do ato original.”⁵

E também de RAFAEL VALIM, em trecho abaixo transcrito:

“Coordenando, portanto, as três modalidades de recomposição da legalidade, poderíamos afirmar que, perante um ato inválido convalidável, deve-se obrigatoriamente levar a cabo a convalidação, salvo a circunstância de vício de competência em

⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, pág. 1248.

⁵ PÉREZ, Jesús González. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3 ed. Madrid: Civitas, 1999, pág. 103.

ato de conteúdo discricionário. Se o ato for inconvalidável, deve-se ultimar a invalidação, **a não ser que compareçam os requisitos habilitadores da estabilização do ato viciado ou por decorrência da decadência.**

Para que se configure a estabilização é necessário que estejam presentes os seguintes pressupostos: o ato inválido qualificar-se como ampliativo; a presença de administrado de boa fé; e a permanência da situação criada atender a interesses hierarquicamente superiores aos residentes na norma viciada.

Bem se vê que a hipótese da estabilização não se reveste de precisão capilar. **Haverá que se sopesar as circunstâncias do caso concreto e verificar se a manutenção do ato inválido é menos traumática aos interesses prestigiados pela ordem jurídica que sua eventual invalidação.** Assim, a partir dos aludidos requisitos, que servem como guias heurísticos, **impõe-se que se conclua pela prevalência, ou não, in concreto, do princípio da segurança jurídica; se prevalecer, saneado estará o ato viciado**⁶.

(destacou-se)

Do mesmo modo, GILMAR FERREIRA MENDES, Ministro do Supremo Tribunal Federal, pontifica:

“Assim, ainda que não se possa invocar a idéia de direito adquirido para a proteção das chamadas situações estatutárias ou que não possa reivindicar direito adquirido a um instituto jurídico, **não pode o legislador ou o Poder Público em geral, sem ferir o princípio da segurança jurídica, fazer tabula rasa das situações jurídicas consolidadas ao longo do tempo.** Situações ou posições consolidadas podem assentar-se até mesmo em um quadro inicial de ilicitude.

Nesse contexto assume relevância o debate sobre a anulação de atos administrativos, em decorrência de sua eventual ilicitude. Igualmente relevante se afigura a controvérsia sobre a legitimidade ou não da revogação de certos atos da Administração depois de decorrido determinado prazo.

Em geral, associam-se aqui elementos de variada ordem ligados à boa-fé da pessoa afetada pela medida, a confiança depositada na inalterabilidade da situação e o decurso de tempo razoável”⁷.

(destacou-se)

⁶ VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 122.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Et. Al. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 532.

Dos excertos trazidos à colação, depreende-se que, nas situações constituídas a partir da confiança legítima inspirada no administrado pela Administração Pública, fica limitado o poder de invalidação dos atos administrativos que tenham originado tal situação jurídica.

Ademais, deve-se ressaltar que **absolutamente nenhum prejuízo acometerá o Poder Público com a manutenção da avença**, em prestígio à sua estabilização, por força do princípio da segurança jurídica. Isso porque, o que ocorre, na espécie, é justamente o contrário, conforme já devidamente comprovado no tópico II, acima.

Acaso houvesse a desconstituição do Contrato nº 108/2007 é que se consubstanciaria verdadeira hipótese de dano – não apenas ao Erário, mas à toda a coletividade. Frise-se, uma vez desconstituído o Contrato nº 108/2007, cada viagem de ônibus, cada passagem paga ao cobrador, cada salário pago aos funcionários da Contratada – igualmente munícipes de Ubá –, seriam considerados irregulares.

Além de tudo isso, o Município sempre teria o dever legal de indenizar esta Contratada, por todos os custos incorridos na contratação, inclusive lucros cessantes, em razão de esta VIAÇÃO UBÁ ter sido prejudicada por ato comissivo praticado exclusivamente pela Municipalidade, **sob pena de caracterizar-se o repudiado enriquecimento sem causa da Administração**.

A jurisprudência é pacífica e já bem antiga em nossas Cortes Superiores:

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. CABIMENTO.

1. A rescisão do contrato administrativo por ato unilateral da Administração Pública, sob justificativa de interesse público, **impõe ao contratante a obrigação de indenizar o contratado pelos prejuízos daí decorrentes (art. 69, I, § 2º, do Decreto-Lei 2.300/86; art. 79, § 2º da Lei 8.666/93), como tais considerados, não apenas os danos emergentes, mas também os lucros cessantes (CC/1916, art. 1.059; CC/2002, art. 402). Precedentes.**

2. Embargos de divergência a que se dá provimento.”

(EResp 737741/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12/11/2008, DJe 21/08/2009)

(Grifou-se)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ERRO MATERIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO. CULPA DA ADMINISTRAÇÃO. LUCROS CESSANTES. CABIMENTO.

1. Ante o término antecipado do contrato celebrado entre o particular e o Poder Público, são devidos os lucros cessantes até o momento em que **haveria a extinção da obrigação pelo advento do termo contratual, desde que a rescisão se dê por motivo de interesse público ou, como na hipótese dos autos, em razão de culpa atribuída à Administração** (q. v., verbi gratia, AgRg no Ag 680.476/SP, 2ª Turma, Min. Humberto Martins, DJ de 27.08.2007; REsp 229.188/PR, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 01.04.2002; REsp 190.354/SP, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 14.02.2000).

2. Embargos de declaração acolhidos para sanar o erro material apontado e, atribuindo-lhes efeitos modificativos, dar provimento ao recurso especial para condenar o réu ao pagamento de lucros cessantes à autora, a serem apurados em sede de liquidação.”

(EDcl nos EDcl no REsp 440500/SP, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região, Segunda Turma, julgado em 01/04/2008, DJe 25/04/2008)

(Grifou-se)

3.2. Do princípio da boa-fé objetiva da Contratada

Adicionalmente ao contexto fático acima descrito, faz-se fundamental mencionar fator essencial para a compreensão da real extensão dos direitos da Contratada: o Princípio da Confiança Legítima dos Administrados,

que se encontra presente e deve ser aplicado em toda as relações contratuais celebradas pelo Poder Público com parceiros privados.

Pode-se afirmar, assim, que o princípio visa estabelecer um estado de tutela jurídica — direta ou indireta, positiva ou negativa — das expectativas legitimamente depositadas pelos administrados em relação as condutas, os procedimentos, as promessas, ou os atos perpetrados pelo Poder Público em sua atividade administrativa.

Em outras palavras, o Princípio da Confiança Legítima dos Administrados dispõe acerca da expectativa legítima do particular, no momento de celebração de avença com o Poder Público, de que todas as obrigações assumidas pelo contratante serão devidamente adimplidas, sem maiores delongas ou contratempos. A expectativa decorre do fato de que os atos administrativos gozam de legitimidade e boa-fé.

Quando são editados atos administrativos presumivelmente legítimos e válidos, a Administração Pública faz transparecer um modo de agir, direcionando uma conduta que o particular contratado, por crer no ato da Administração, reputa ser a correta e a que deve ser seguida. Ainda, é importante destacar que os Princípios da Legalidade e da Supremacia do Interesse Público não podem ser óbices à aplicação do Princípio da Confiança Legítima dos Administrados.

Dessa sorte, a confiança legítima funciona como uma garantia do administrado, que planeja sua atuação conforme declarações e comportamentos da Administração Pública. Nas palavras do Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ e Ministro do Supremo Tribunal Federal LUÍS ROBERTO BARROSO:

“Confiança legítima significa que o Poder Público não deve frustrar, deliberadamente, a justa expectativa que tenha criado no administrado ou no jurisdicionado. Ela envolve, portanto, coerência nas decisões, razoabilidade nas mudanças e a não imposição retroativa de ônus imprevistos [...] A obrigação dos órgãos do Poder Público de não vulnerar a confiança legítima e de agir com boa-fé é inerente ao Estado Democrático de Direito.”⁸

Como bem ressaltado por MARÇAL JUSTEN FILHO, se aplica a qualquer ato administrativo *“a consolidação de um estado de fato, em que não se possa vislumbrar prejuízo para o interesse que a Lei busca proteger, torna sem objeto a pronúncia do vício”*⁹.

Em igual toada CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

“Em hipóteses desta ordem, se o administrado estava de boa-fé e não concorreu para o vício do ato fulminado, evidentemente a invalidação não lhe poderia causar um dano injusto e muito menos tolerável que propiciasse, eventualmente, um enriquecimento sem causa para a Administração. Assim, tanto devem ser indenizadas as despesas destarte efetuadas, como, a fortiori, há de ser respeitados os efeitos patrimoniais passados atinentes à relação atingida. Segue-se, também, que, se o administrado está descoberto em relação a pagamentos que a Administração ainda não lhe efetuou, mas que correspondiam a prestações por ele já consumadas, a Administração não poderia eximir-se de acobertá-las, indenizando-o por elas.

Com efeito, se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, ipso facto, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. Seria iníquo que o agente violado do Direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as consequências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de que, não

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8ª edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2017, p. 22.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 18ª ed., rev., atualizado e ampliado, São Paulo: RT, 2019, p.1123.

tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce-se que, notoriamente, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade. Donde quem atuou arrimado neles, salvo se estava de má-fé (vício que se pode provar, mas não pressupor liminarmente), tem o direito de esperar que tais atos revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consiste em não serem causas potenciais de fraude ao patrimonial de quem neles confiou – como, de resto, teria de confiar”¹⁰.

Esse, aliás, é igualmente o entendimento do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“8. Assentando o aresto recorrido que não houve dano e que impor o ressarcimento por força de ilegalidade de contratação conduziria ao enriquecimento sem causa, tendo em vista não ter se comprovado que outras empresas do ramo poderiam prestar o mesmo serviço por preço menor, mormente quando se tem notícia nos autos de que a tarifa prevista no contrato tido por ilegal é inferior àquela praticada pela empresa antecessora, o que não foi negado pelo autor, resta insindicação a este STJ apreciar a alegação do recorrente no que pertine a boa ou má-fé do contratado (Súmula 07/STJ).

9. Recurso especial do Ministério Público Estadual não conhecido.”

(STJ. Primeira Turma, Resp. 802.378/SP. Rel. Min. Relator Luiz Fux, j. 24.04.2007)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. LOCUPLETAMENTO INDEVIDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. O enriquecimento ilícito é vício social no qual incide a Administração Pública nas hipóteses em que, a pretexto de inexistência de continuação de vínculo formal, persiste no recebimento dos serviços, excluindo de pagá-los alegando a própria torpeza.

2. Recurso especial desprovido, mantendo-se a sentença calcada em perícia, divergindo-se do E. Relator.”

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 26 Ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 471.

(STJ. Primeira Turma, Resp. 1.096.917/PE. Min. Rel. Luiz Fux, j. 26.05.2009)

3.3. Da estabilização do Contrato nº 108/207

Conforme se vem de expor nos itens precedentes, tendo esta Contratada, durante todo o período contratual, agido de boa-fé, em estrita consonância às previsões contratuais a ela imputáveis – e **muitas vezes suportando sozinho os ônus da política tarifária deficitária do Município** – verifica-se, no presente caso, a **impossibilidade de atingimento do Contrato nº 108/2007**.

Sabe-se que à Administração Pública (em sentido lato) é conferido o dever-poder de anular os seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais¹¹. No entanto, essa prerrogativa se vê limitada pela necessidade de observância dos seus efeitos quando favoráveis aos administrados de boa-fé e ao interesse público.

Isso porque, conforme destaca CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, os atos inválidos, categoria em que se enquadram os atos nulos, anuláveis ou inexistentes, embora padeçam de vícios, não deixam de produzir efeitos, os quais podem ou não influenciar diretamente na esfera de direitos dos administrados, não podendo, portanto, serem ignorados a pretexto da ilegalidade da qual padecem:

“Os atos inválidos, inexistente, nulos ou anuláveis não deveriam ser produzidos. Por isso não deveriam produzir efeito. Mas o fato é que são editados atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis) e que produzem efeitos jurídicos. Podem produzi-los,

¹¹ Vide o teor da Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “A administração pode anular os seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

até mesmo *peromnia secula*, se o vício não for descoberto ou se ninguém impugnar.

É errado, portanto, dizer-se que atos nulos não produzem efeitos. Aliás, ninguém cogitaria da anulação deles ou de declará-los nulos se não fora para fulminar os efeitos que já produziram ou que podem ainda vir a produzir. De resto, os atos nulos e os anuláveis, mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos. Assim, por exemplo, respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé. É o que sucede quando os atos praticados pelo chamado “funcionário de fato”, ou seja, aquele que foi irregularmente preposto em cargo público”.¹²

Sendo possível a produção de efeitos por atos considerados inválidos, duas formas de lidar com tal situação são comumente utilizadas pela Administração Pública, resumidas na convalidação do ato administrativo viciado ou em sua anulação.

Ocorre que, não obstante a eficácia dessas medidas para o afastamento da ilegalidade de eventual ato administrativo inválido, nem sempre é possível, diante de um caso concreto, a convalidação ou anulação de um ato, sem que com isso sejam acarretadas uma série de prejuízos, patrimoniais ou não, aos administrados, sendo eventual vício sanado tão somente com a estabilização da situação fática ocorrida.

Tal situação é traduzida em simples termos por GIOVANI BIGOLIN, que ao abordar o tema da estabilização dos atos administrativos, destaca:

“Tanto o núcleo do princípio da segurança jurídica quanto o seu aspecto eminentemente subjetivo, o subprincípio da confiança legítima, atuam na qualidade de operadores deontológicos a serem compulsoriamente considerados na recomposição da ordem jurídica, a qual não se restringe à possibilidade de convalidação

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 26 Ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 471.

ou de retirada (anulação) do ato. Com efeito, não são somente essas duas hipóteses que esgotam o universo de situações geradas com a superposição de atos administrativos viciados no tempo. Em alguns casos (por exemplo, em face do decurso do prazo prescricional), podem ocorrer circunstâncias que impedem a emissão de um posterior ato administrativo convalidador que permita a restauração da legalidade pelo agente administrativo. E, nessa mesma situação, a anulação do ato pode também não ser a melhor solução indicada, sob pena de fragilização das expectativas criadas, ou mesmo, na possibilidade de haver no ato parcela destacável incólume que, inclusive, represente uma situação ampliativa de direitos. Em outras situações, somente um aspecto abordado pelo ato administrativo é convalidado, tornando-se estável.

(...)

Assim, vai-se considerar o termo estabilização como correspondente ao caso em que o ato administrativo não pode ser, ao menos em sua totalidade, objeto de um novo ato (convalidador), mas, ainda assim, não reúne os pressupostos para que haja a sua completa retirada do mundo jurídico. Isto é, ainda que o ato administrativo contenha um vício desde o seu nascedouro, o decurso de certo lapso de tempo aliado a outros fundamentos elencados no sistema jurídico outorgam validade à nova situação que se estabelece, gerando a situação que pode ser denominada estabilização¹³

(Grifamos)

Conforme se verifica, a forma de se sanar o vício de determinado ato administrativo será eleita de acordo com a prejudicialidade acarretada às partes, podendo a Administração Pública, ao efetuar tal análise, optar pela manutenção dos efeitos do ato viciado, como aponta MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“É de se ter em mente, quanto aos vícios encontrados nos atos administrativos que, ao contrário dos vícios dos atos privados, podem afetar interesses de terceiros, podendo ocorrer que, diante do caso concreto, a manutenção do ato irregular seja menos prejudicial ao interesse público do que sua anulação,

¹³ BIGOLIN, Giovani. *Segurança jurídica: a estabilização do ato administrativo*. Op. Cit. p. 102-103.

desde que não haja dolo e dele não resulte prejuízo ao erário¹⁴.
(Grifamos)

Trazendo as lições acima referidas ao presente caso, verifica-se o seu enquadramento na hipótese narrada pela autora, haja vista que **(i)** eventuais vícios já não poderiam ser convalidados ou mesmo anulados, em decorrência dos prejuízos que decorreriam dessa medida, bem como da **clara ocorrência da prescrição do art. 110-E da Lei Orgânica desse E. TCE/MG**; **(ii)** a Contratada tem executado regularmente as obrigações que lhe foram incumbidas nos exatos termos do contrato; **(iii)** não houve dolo, culpa ou má-fé da Contratada durante a sua contratação ou execução contratual; e **(iv)** não houve qualquer prejuízo ao erário público, pelo contrário.

É nesta direção que leciona ANDRÉ LUIZ FREIRE, em trabalho monográfico sobre o tema, e com amparo em jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

“No âmbito dos contratos administrativos, é comum haver ajustes inválidos **cujas desconstituições levaria a um prejuízo ao interesse público superior do que aquele verificado com a sua continuidade.**

Como exemplo, vale citar um julgado do Tribunal de Contas da União. No Acórdão 22/2003 – Plenário, a Corte de Contas federal verificou a existência de vício de conteúdo na licitação (qual seja, existência de cláusula editalícia restritiva à competição) do qual resultou o contrato celebrado. Depois de ressaltar a boa-fé dos agentes públicos competentes, o Ministro Benajmin Zymler, relator do Acórdão, apontou que o interesse público seria mais bem atingido com o prosseguimento normal da execução do contrato até o término do seu prazo de vigência. Isso porque seria evitada “a *descontinuidade dos serviços públicos adjacentes à avença, além de poupar a Administração Pública de incutir nos custos de indenização decorrentes da anulação do contrato, de que trata o art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993*”.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Op. Cit. p. 228.

A decisão foi acertada. **Com efeito, a retirada do contrato inválido resultaria em maiores prejuízos à Administração do que a sua continuidade. Repare que seriam ofendidos os princípios da segurança jurídica, da continuidade do serviço público e o da economicidade.**

Um outro caso, bastante corriqueiro na prática administrativa, consiste na celebração de contratos de obras com erros no projeto básico que instruiu o processo licitatório, os quais somente são detectados durante a execução do objeto. Aliás, não raro é o contratado que indica a falha no projeto básico ao solicitar uma revisão contratual. Nessa hipótese, o correto será manter o ajuste, realizando as alterações devidas no projeto básico e reequilibrando a equação econômico-financeira. Ora, a retirada do ajuste demandaria a paralisação da obra, impedindo o desfrute dos benefícios que dela resultariam. Ainda, haveria os custos com a indenização devida ao particular, além do tempo e do dinheiro que seriam gastos com uma nova licitação (isso quando a Administração retoma a construção da obra). **Também aqui os princípios da segurança jurídica, economicidade e eficiência seriam violados, sendo que a conduta postulada pelo ordenamento jurídico é a omissão da Administração quanto à invalidação**¹⁵
(Grifos adotados)

Resulta óbvio, neste contexto, que qualquer decisão que importe a desconstituição dos atos decorrentes da licitação em comento se mostra – além de, no mérito, contrária às normas vigentes - também inadequada do ponto de vista da incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança.

Ainda no âmbito da invalidação dos atos administrativos viciados, sabe-se que a boa-fé do administrado impede que este se veja patrimonialmente prejudicado pelos custos despendidos nessa condição, sob pena de ser reconhecido o enriquecimento sem causa da Administração Pública, se não ressarcidos os gastos incorridos pelo particular ou os lucros cessantes.

¹⁵ FREIRE, André Luís. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 132.

Ora, não pode a Administração Pública, em decorrência de eventual ato viciado por ela praticado, deixar de ressarcir ou indenizar o particular que tenha despendido recursos a seu favor, salvo, obviamente, as hipóteses em que este tenha agido de má-fé ou concorrido com a prática do ato, o que em absoluto ocorre no presente caso, conforme se verifica em seguida.

Destaque-se, uma vez mais, a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acerca do assunto:

“Na invalidação de atos administrativos há que distinguir duas situações: (a) casos em que a invalidação do ato ocorre antes de o administrado incorrer em despesas suscitadas seja pelo ato viciado, seja por atos administrativos precedentes que o condicionaram (ou condicionaram a relação fulminada). Nestas hipóteses não se propõem qualquer problema patrimonial que despertasse questão sobre dano indenizável; (b) casos em que a invalidação infirma ato ou relação jurídica quando o administrado, na conformidade deles, já desenvolveu atividade dispendiosa, seja para engajar-se em vínculo com o Poder Público em atendimento à convocação por ele feita, seja por ter efetuado prestação em favor da Administração ou de terceiro.

Em hipóteses desta ordem, se o administrado estava de boa-fé e não concorreu para o vício do ato fulminado, evidentemente a invalidação não lhe poderia causar um dano injusto e muito menos tolerável que propiciasse, eventualmente, um enriquecimento sem causa para a Administração. Assim, tanto devem ser indenizadas as despesas destarte efetuadas, como, a fortiori, há de ser respeitados os efeitos patrimoniais passados atinentes à relação atingida. Segue-se, também, que, se o administrado está descoberto em relação a pagamentos que a Administração ainda não lhe efetuou, mas que correspondiam a prestações por ele já consumadas, a Administração não poderia eximir-se de acobertá-las, indenizando-o por elas.

Com efeito, se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, ipso facto, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. Seria iníquo que o agente violado do Direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as consequências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de que, não

tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce-se que, notoriamente, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade. Donde quem atuou arrimado neles, salvo se estava de má-fé (vício que se pode provar, mas não pressupor liminarmente), tem o direito de esperar que tais atos revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consiste em não serem causas potenciais de fraude ao patrimonial de quem neles confiou – como, de resto, teria de confiar”¹⁶.
(Grifamos)

Dessa forma, devem ser afastados quaisquer apontamentos de irregularidade atribuíveis ao contrato em tela, vez que efetivamente executado de boa-fé por esta Contratada, motivo pelo qual devem ser reconhecidos a estabilização do contrato e a legitimidade dos efeitos patrimoniais dele decorrentes, ainda que declarada a ilegalidade da licitação que o antecedeu, o que se alega, uma vez mais, apenas a título de argumentação.

3.4. Da ausência de comprovação de má-fé da Contratada

Conforme se vislumbra do r. Ofício, propõe a Unidade Técnica a imposição de responsabilização aos envolvidos na presente contratação. Olvida-se, deste modo, completamente, da necessária comprovação do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo ou na culpa, para a caracterização de ilícitos administrativos.

Isso porque, é sabido que incide sobre situações como a presente o princípio da *intencionalidade* da conduta (ou *culpabilidade*). Com efeito, além do âmbito objetivo da relação jurídica, caracterizado pela existência de dano ao erário, **é imperioso que se perquiria este aspecto da atuação do**

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. Op. cit. p. 471.

agente, a fim de comprovar a presença de *má-fé* ou *dolo* capazes de macular a legitimidade dos atos praticados.

A consideração deste aspecto deriva da necessidade de se separarem as hipóteses de simples *erro de avaliação* ou *impossibilidade de prática de comportamento diverso*, em que não há ilegalidade, daquelas em que se configura o ilícito, pois se verifica a fraude. Em tal raciocínio não há novidade alguma, pois, de há muito, a doutrina admite que a *culpabilidade* é pressuposto para a aplicação de decisões administrativas ou jurisdicionais restritivas da esfera jurídica do particular em decorrência de ilícito administrativo¹⁷.

Transcreva-se, por sua clareza, a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, no mesmo sentido, *in verbis*:

“Princípio da exigência de voluntariedade para incursão na infração — O Direito propõe-se a oferecer às pessoas uma garantia de segurança, assentada na previsibilidade de que certas condutas podem ou devem ser praticadas e suscitam dados efeitos, ao passo que outra não podem sê-lo, acarretando consequências diversas, gravosas para quem nelas incorrer. **Donde, é de meridiana evidência que descaberia qualificar alguém como incurso em infração quando inexistir a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, in concreto, do comportamento que o livraria da incidência na infração e, pois, na sujeição às sanções para tal caso previstas.** Note-se que aqui não se está a falar de culpa ou dolo, mas de coisa diversa: meramente do *animus* de praticar dada conduta”.¹⁸
(Grifos aditados)

Fundamental, para caracterização do ato lesivo ao interesse público, que a conduta desta Contratada tivesse sido eivada de dolo, isto é, de

¹⁷ Cf. GARCIA VITTA, Heraldo. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 55; e OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: RT, pp. 311-349.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. Cit. p. 855-856.

vontade deliberada de lesar o patrimônio público. **Sem esses elementos, não há ilegalidade a ser sancionada.**

Nesse sentido é a jurisprudência dos Tribunais Superiores, em que reiteradamente se decidiu pela obrigatoriedade da comprovação do elemento subjetivo do agente para a caracterização de ilícitos de natureza administrativa, conforme se verifica dos julgados abaixo colacionados:

“ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, DA LEI 8.429/92. DANO AO ERÁRIO. MODALIDADE CULPOSA. POSSIBILIDADE. FAVORECIMENTO PESSOAL. TERCEIRO BENEFICIÁRIO. REQUISITOS CONFIGURADOS. INCURSÃO NAS PREVISÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 1. **O ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei 8.429/92 exige a comprovação do dano ao erário e a existência de dolo ou culpa do agente. Precedentes.** 2. Os arts. 62 e 63, da Lei 4.320/64 estabelecem como requisito para a realização do pagamento que o agente público proceda à previa liquidação da despesa. Nesse contexto, incumbe ao ordenador de despesa aferir a efetiva entrega do material ou fornecimento do serviço contratado, em conformidade com a nota de empenho que, por sua vez, expressa detalhadamente o objeto contratado pelo Poder Público, com todas as suas características físicas e quantitativas. **3. A conduta culposa está presente quando, apesar de o agente não pretender o resultado, atua com negligência, imprudência ou imperícia. Nessa modalidade, há um defeito inescusável de diligência, no qual se comete um erro sobre a condição do agir ou sobre a consequência da conduta. A punição dessa prática justifica-se pela criação de um risco proibido ao bem jurídico tutelado.** 4. Na hipótese, além do dano ao erário, a descrição dos elementos fáticos realizada na origem evidencia a negligência da autoridade municipal, pois: a) realizou o pagamento da nota de empenho sem adotar qualquer providência para aferir a entrega da mercadoria, seja por meio da verificação do processo administrativo que ensejou a contratação, seja pela provocação da empresa contratada para comprovar a entrega do bem; b) deixou transcorrer praticamente três anos entre o pagamento integral do débito e a entrega parcial da mercadoria, sem ter adotado qualquer medida ou cobrança do particular; c) após todo esse tempo, sequer a totalidade da quantia contratada foi entregue. 5. A lei de improbidade administrativa aplica-se ao beneficiário direto do

ato ímprobo, mormente em face do comprovado dano ao erário público. Inteligência do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa. No caso, também está claro que a pessoa jurídica foi beneficiada com a prática infrativa, na medida em que se locupletou de verba pública sem a devida contraprestação contratual. Por outro lado, em relação ao seu responsável legal, os elementos coligidos na origem não lhe apontaram a percepção de benefícios que ultrapassem a esfera patrimonial da sociedade empresária, nem individualizaram sua conduta no fato imputável, razão pela qual não deve ser condenado pelo ato de improbidade. 6. Recurso especial provido em parte.”

(STJ. Resp. 1127143. Rel. Castro Meira. Segunda Turma. DJ 03.08.2010)

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. **1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa.** 2. A legitimidade do negócio jurídico e a ausência objetiva de formalização contratual, reconhecida pela instância local, conjura a improbidade. **3. É que "o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público."** (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). "A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto" (Alexandre de Moraes, in "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas, 2002, p. 2.611). "De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999)." (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 15.5.2006) 4. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. 5. Recurso especial provido.”

(STJ. Resp. 734984. Rel. José Delgado. Primeira Turma. DJ. 16.06.2008)

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TERMOS DE ADITAMENTO AO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SUPOSTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. TIPICIDADE DAS CONDUTAS ÍMPROBAS.

1. Ação civil pública intentada por Ministério Público Estadual com o intuito de obter reparação de prejuízos causados ao erário por supostos atos de improbidade administrativa, que teriam decorrido da assinatura de termos de aditamentos relacionados ao contrato administrativo 10/LIMPURB/95, em possível desacordo com as disposições da Lei 8.666/93.

2. Aponta-se as seguintes ilegalidades: (i) alteração de valores contratuais estimativos, em desacordo com o limite de 25% previsto no artigo 65, § 1º; (ii) modificação dos prazos de pagamento previstos no edital (segundo termo de aditamento); (iii) inclusão de serviços da mesma natureza dos já contratados, mas não constantes do contrato originário; (iv) pagamento por serviços supostamente não prestados.

3. Acórdão recorrido que, com base exclusivamente na constatação da ilegalidade dos termos de aditamento, imputou aos réus a conduta culposa prevista no artigo 10 da Lei 8.429/92, bem como determinou a aplicação das penas previstas no artigo 12 da mesma lei.

4. Para que se configure a conduta de improbidade administrativa é necessária a perquirição do elemento volitivo do agente público e de terceiros (dolo ou culpa), não sendo suficiente, para tanto, a irregularidade ou a ilegalidade do ato. Isso porque “não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.” (REsp n. 827.445-SP, relator para acórdão Ministro Teori Zavascki, DJE 8/3/2010).

5. No caso concreto, o acórdão recorrido, ao concluir que os desvios dos ditames da Lei 8.666/93, por si só, seriam suficientes para a subsunção automática das condutas dos demandados aos tipos previstos na Lei de Improbidade, não se desincumbiu de aferir a culpa ou dolo dos agentes públicos e terceiros, que são elementos subjetivos necessários à configuração da conduta de improbidade.

6. Ademais, observa-se que, na hipótese, a aplicação da Lei de Improbidade encontra-se dissociada dos necessários elementos de concreção, na medida em que sobejam dos autos pareceres do Tribunal de Contas Municipal, bem como diversos

pronunciamentos técnicos provenientes de vários órgãos especializados da administração, todos convergentes quanto à possibilidade de assinatura dos termos de aditamento e baseados em interpretação razoável de dispositivos legais.

7. Imputar a conduta ímproba a agentes públicos e terceiros que atuam respaldados por recomendações de ordem técnica provenientes de órgãos especializados, sobre as quais não houve alegação, tampouco comprovação, de inidoneidade ou de que teriam sido realizadas com intuito direcionado à lesão da administração pública, não parece se coadunar com os ditames da razoabilidade, de sorte que seria mais lógico, razoável e proporcional considerar como atos de improbidade aqueles que fossem eventualmente praticados em contrariedade às recomendações advindas da própria administração pública.

8. A jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que se faz necessária a comprovação dos elementos subjetivos para que se repute uma conduta como ímproba (dolo, nos casos dos artigos 11 e 9º e, ao menos, culpa, nos casos do artigo 10), afastando-se a possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mal administrador ou em supostas contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, visto que nosso ordenamento jurídico não admite a responsabilização objetiva dos agentes públicos.

9. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa extensão, providos, para julgar-se improcedentes os pedidos iniciais, nos termos da fundamentação do voto, considerando-se prejudicados os demais temas discutidos nos autos.”

(STJ. Resp. 997.564. Rel. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. DJ. 18.03.2010)

A leitura das ementas e dos julgados acima destacados, que, apesar de referirem-se aos atos de improbidade administrativa, aplicam-se à perfeição ao caso presente, revela ser inegável que, para a configuração do ilícito, há necessidade de configuração de má-fé, o que nem de longe foi comprovado.

Considerados, pois, todos os documentos juntados ao processo em epígrafe, não se verifica qualquer elemento doloso que possa justificar a penação desta empresa. **Com efeito, não há prova, indício, ilação ou menção a uma conduta desabonadora ou volitivamente viciada desta empresa nos autos em questão. Disto resulta, portanto, de forma**

inequívoca, a impossibilidade de aplicação de sanção por essa C. Corte de Contas à Contratada, visto a inexistência dos elementos subjetivos em destaque.

Todas estas questões foram bem observadas por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, em lição que amolda-se perfeitamente ao caso vertente, em profunda sintonia com a tese ora sustentada. Segundo a Professora Titular de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo:

“Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. (...) Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.”¹⁹.
(Grifamos)

Assim, imperioso, diante destas largas considerações da doutrina e da jurisprudência, que a questão relativa à existência de ilícito administrativo seja analisada a partir da existência de má-fé dos agentes envolvidos, o que, até o presente momento, não foi comprovada, devendo, portanto, serem quaisquer penalidades, decorrentes de suposto(s) ato(s) ilícito(s) apontados pela d. equipe de auditoria dessa Corte de Contas, completamente afastadas.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Op. Cit. pp. 727/728.

IV. CONCLUSÃO E PEDIDOS

Diante de todo o exposto, e considerando:

- (i) que as eventuais irregularidades existentes no Edital de Concorrência Pública nº 003/2007 estão, seguramente, prescritas, nos termos do art. 100-E da Lei Complementar Estadual nº 102/2008, conforme expressamente reconhecido pelo i. membro do Ministério Público de Contas;
- (ii) que não há, por qualquer ângulo que se analise, danos ao erário com o Contrato nº 108/2007, uma vez que, a bem da verdade, é esta VIAÇÃO UBÁ quem tem, reiteradamente, suportado vultosos prejuízos com a política tarifária municipal de Ubá;
- (iii) que esta VIAÇÃO UBÁ tem, reiteradamente, tentado (em vão) promover uma repactuação ampla do Contrato nº 108/2007, de modo adaptá-lo aos termos da Lei Federal nº 12.587/2012, oportunidade na qual, obviamente, a Municipalidade poderia proceder às adequações necessárias ao atendimento das determinações desse E. TCE/SP;
- (iv) que o Contrato nº 108/2007 encontra-se juridicamente estabilizado, por força dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva (proteção à confiança legítima); bem como
- (v) que não há, em nenhum momento dos autos processuais, qualquer alusão à eventual má-fé desta Contratada.

Esta VIAÇÃO UBÁ **requer** digne-se essa D. Corte de Contas afastar os apontamentos de auditoria veiculados por meio dos relatórios e

pareceres carreados aos autos, julgando, ao fim, **REGULAR** o Contrato nº 108/2007.

Subsidiariamente, caso assim não seja o entendimento desse E. TCE/MG, **requer-se** desde logo a conversão dos autos em diligência, para que **(i)** seja franqueada a possibilidade de esta VIAÇÃO UBÁ apresentar os termos que considera importantes a serem objeto de termo aditivo, para atender integralmente esse E. TCE/MG, bem como **(ii)** seja agendada reunião entre os representantes da Unidade Técnica desse TCE/MG, desta VIAÇÃO UBÁ e do Município de Ubá, para que possam ser discutidos e deliberados os termos e providências necessárias à formalização de aditivo contratual que sane – de uma vez por todas – os questionamentos dessa Corte.

Termos em que, pede-se deferimento.



VIAÇÃO UBÁ TRANSPORTES LTDA.