

Peças

• • •

PEÇA PROCESSUAL

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA –
NÚCLEO NITERÓI

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

REF. INQUÉRITO CIVIL MPRJ Nº 2014.00064060

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por meio do Promotor de Justiça que ao final subscreve, no exercício de suas atribuições legais, com fundamento nos artigos 37, *caput*, incisos I e II, e parágrafos 2º e 127, *caput*, e 129, inciso III da Constituição Federal, bem como, com fundamento nas disposições contidas nas Leis nº 8.429/92 e nº 7.347/85, vem perante Vossa Excelência oferecer a presente

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

em face de:

1) JORGE ROBERTO SAAD SILVEIRA, ex-prefeito do Município de Niterói (períodos de 1997/2001, 2001/2002, 2009/2012), brasileiro, casado, RG 810395236, nascido em 09/09/1952, inscrito no CPF sob o nº 250.814.117-87, residente e domiciliado na Rua Antônio Parreiras, nº 139, apto. 501, Bairro Boa Viagem, Niterói/RJ, CEP 24210-320;

2) JOSÉ ROBERTO VINAGRE MOCARZEL, ex-Secretário Municipal de Serviços Públicos, Trânsito e Transportes de Niterói, brasileiro, casado, engenheiro, inscrito no CPF sob o nº 366.087.507-49, residente no Condomínio Vale de Itaipu, rua 01, casa 51, Itaipu, Niterói/RJ, CEP 24340-140;

3) SERGIO MARCOLINI, brasileiro, engenheiro, ex-Diretor-Presidente da NITERÓI TRANSPORTE E TRÂNSITO S/A (NITTRANS), inscrito no CPF sob o nº 366.026.987-53, *atualmente* Superintendente da Superintendência de Gestão da AMTU, da Secretaria de Estado de Transportes do Rio de Janeiro, sediada na Av. Nossa Senhora de Copacabana, 493, Copacabana, Rio de Janeiro, tel.: (21) 2333-8603, CEP 22020-001, com endereço residencial na Avenida Jornalista Alberto Torres, 371, apto 702, Icaraí, Niterói, CEP 24230004;

4) ELCIO NUNES DIAS, brasileiro, servidor público, RG 41068057, CPF 490.773927-34, com endereço na Av. Professor João Brasil, 776, Fonseca, Niterói, RJ, CEP 24130-082, tel. (21) 7230-0937;

- 5) **CONSÓRCIO TRANSNIT**, Consórcio de Sociedades, CNPJ: 15.593.315/0001-67, com sede na Alameda São Boaventura, 73, Fonseca, Niterói, RJ, CEP 24130-005, tel.: (21) 2621-1566;
- 6) **CONSÓRCIO TRANSOCEÂNICO**, Consórcio de Sociedades, CNPJ 15.635.449/0001-01, com sede na Alameda São Boaventura, 67, Niterói, RJ, CEP 24130-005, tel. (21)2621-1566;
- 7) **AUTO LOTAÇÃO INGÁ LTDA**, sociedade empresária de responsabilidade limitada, CNPJ 30.074.561/0001-04, com sede na Alameda São Boaventura, 1191, Fonseca, Niterói, RJ, CEP 24130-223, tel. (21) 2625-1556, e-mail lotaçãoinga@uol.com.br ;
- 8) **EXPRESSO BARRETO LTDA**, sociedade empresária de responsabilidade limitada, CNPJ 30.078.380/0001-48, com sede na Rua São Lourenço, 304, São Lourenço, Niterói, RJ, CEP 24060-000, tels. (21) 2620-1158 / (21) 2719-6642;
- 9) **TRANSPORTE PEIXOTO LTDA.**, sociedade empresária de responsabilidade limitada, CNPJ 30.078.372/0001-00, com sede na Alameda São Boaventura, 1179-A, Fonseca, Niterói, RJ, CEP 24130-001;
- 10) **AUTO ÔNIBUS BRASÍLIA LTDA.**, sociedade empresária de responsabilidade limitada, CNPJ 30.076.475/0001-22, com sede na Rua Luiz Leopoldo Fernandes Pinheiro, 555, Sala 402, Centro, Niterói, RJ, CEP 24030-127, tels. (21) 2717-1457 / (21) 2483-1919, e-mail reinaldo.sa@gbl.com.br;
- 11) **VIAÇÃO FORTALEZA LTDA.**, sociedade empresária de responsabilidade limitada, CNPJ 30.075.501/0001-06, com sede na Rua Rev. Armando Ferreira, 11, Pendotiba, Niterói, RJ, CEP 24310-090;
- 12) **VIAÇÃO PENDOTIBA S.A.**, sociedade anônima fechada, CNPJ 30.110.597/0001-98, com sede na Avenida Ewerton Xavier, 7698, Niterói, CEP: 24340-105;
- 13) **SANTO ANTÔNIO TRANSPORTES LTDA.**, sociedade empresária de responsabilidade limitada, CNPJ 30.075.428/0001-64, com sede na Estrada Washington Luís, 89, Pendotiba, Niterói, RJ, CEP 24315-370, tels. (21) 2616-9200 / 2616-9209, e-mail santo.antonio@veloxmail.com.br;
- 14) **EXPRESSO MIRAMAR LTDA.**, sociedade empresária de responsabilidade limitada, CNPJ 30.075.436/0001-00, com sede na Av. Rui Barbosa, 691, Bairro Saco São Francisco, Niterói, CEP 24.310-005;

pelos fatos e fundamentos expostos adiante.

I. DOS FATOS

O Ministério Público Estadual instaurou o *Inquérito Civil MPRJ 2014.00064060*, que serve de suporte à presente demanda. Seu objetivo foi investigar irregularidades

praticadas sob a gestão do Prefeito Municipal de Niterói JORGE ROBERTO SAAD SILVEIRA, especificamente no curso de processo licitatório que culminou na celebração de dois contratos de concessão de serviço público de transporte de passageiros por ônibus.

No curso das investigações, diversas irregularidades foram de fato constatadas, algumas delas, de tão graves, merecem enquadramento nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), enquanto outras devem ser atacadas sob o prisma da nulidade contratual. A presente demanda, por ora, cinge-se à apuração das responsabilidades pela ofensa à LIA.

Antes de adentrar na exposição dos fatos que se enquadram na citada lei, é imprescindível contextualizá-los, para melhor compreensão dos eventos que culminaram na prática de improbidade administrativa envolvendo os réus.

I.A. Dos Fatos Antecedentes – A Decisão Judicial Determinando a Realização de Licitação

Em 14 de outubro de 2002, foi distribuída na Comarca de Niterói uma ação civil pública de autoria do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em face do MUNICÍPIO DE NITERÓI e outros, sob o argumento de que, por anos, a municipalidade procedeu a concessões ou permissões das linhas de transporte coletivo mediante contratos de adesão de caráter precário.

Com efeito, a prática reiterada se baseava em legislação inconstitucional e violava o art. 175 da Constituição, pois prorrogava permissões e concessões municipais de transporte de passageiros sem qualquer licitação. Mais do que isso, os gestores municipais faziam letra morta da Lei nº 8.987/95, cujo artigo 43 determinava extinção das concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição, não havendo espaço discricionário da Administração Pública.

A demanda foi tombada sob o número 0020849-17.2002.8.19.0002 (numeração antiga: 2002.002.020225-0) e foi julgada pela 1ª Vara Cível de Niterói. A sentença de procedência foi publicada em 08/11/2007:

JULGO PROCEDENTE O PEDIDO formulado pelo Ministério Público na ação civil pública para condenar o Município de Niterói a se abster de delegar a prestação de serviço de transporte rodoviário coletivo a terceiros, sem prévia licitação, sob pena de multa no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para cada ato em desconformidade com a presente decisão. (...) Consumado o prazo para interposição de recurso voluntário e observadas as formalidades legais, submeta-se a presente ao duplo grau obrigatório, nos termos do art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil. P. R. I. Niterói, 08 de novembro de 2007. ALBERTO REPUBLICANO DE MACEDO JR. Juiz de Direito.

Em virtude dos argumentos e das provas expostas ao Poder Judiciário, nossos juízes de 1º e de 2º grau de jurisdição houveram por bem fazer prevalecer o Direito, determinando a realização de licitações para a concessão do serviço público. Assim, tanto o juízo de piso quanto a 3ª CÂMARA CÍVEL DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA julgaram procedentes os pedidos do MP.

Com os recursos de apelação, em 2013, foi proferida decisão final sobre o mérito em 2º grau, mantendo-se a sentença. Foi nesse sentido o acórdão que julgou as apelações (Apelação nº 0020849-17.2002.8.19.0002, Rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, julg. em 22/05/2013):

PROCESSOS Nºs 0000357-09.1999.8.19.0002 E 0020849-17.2002.8.19.0002. ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS DO MUNICÍPIO DE NITERÓI. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DOS RÉUS. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES SUSCITADAS PELOS APELANTES. VIA ELEITA QUE SE MOSTRA ADEQUADA. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A AÇÃO POPULAR SÃO INSTRUMENTOS DE TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS, EXPRESSOS AQUI NOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA MORALIDADE, DOS QUAIS A OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO É COROLÁRIA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL INOCORRENTE. CAUSA DE PEDIR E PEDIDO QUE MIRAM A NULIDADE DAS PERMISSÕES OUTORGADAS ÀS EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL DE PASSAGEIROS DE ÔNIBUS, TENDO POR FUNDAMENTO A AUSÊNCIA DE PRÉVIA LICITAÇÃO. PEDIDO CERTO E DETERMINADO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA. AUTOR DA AÇÃO POPULAR QUE CUMPRIU O REQUISITO LEGAL PELA JUNTADA DE SEU TÍTULO DE ELEITOR. FATO DE O MESMO NÃO TER SIDO ACOSTADO NO MOMENTO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO QUE NÃO É APTO A ENSEJAR SUA ILEGITIMIDADE ATIVA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INCONSISTÊNCIA. INEXISTE PREVISÃO LEGAL QUE INVIABILIZE O CONTROLE JURISDICIONAL DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA QUE SE MOSTRE APTA A FERIR OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA MORALIDADE E DA LEGALIDADE, COMO É A OMISSÃO EM REALIZAR O COMPETENTE PROCESSO LICITATÓRIO. INTERESSE PROCESSUAL CARACTERIZADO. MUNICÍPIO DE NITERÓI QUE SE MOSTROU COMPLETAMENTE INERTE EM PROMOVER A NECESSÁRIA LICITAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE MUNICIPAL DE PASSAGEIROS. DEMANDA ADEQUADA E NECESSÁRIA PARA SE ALCANÇAR TAL FIM. (...) ART. 6º DA LEI MUNICIPAL Nº 1.639/1998 QUE PERMITIU À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PRORROGAR DE

FORMA AUTOMÁTICA, PELO PRAZO DE 15 ANOS, AS ATUAIS PERMISSÕES E AUTORIZAÇÕES SEM A REALIZAÇÃO DE QUALQUER PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. LICITAÇÃO QUE FOI ERIGIDA A PRECEITO CONSTITUCIONAL. ARTS. 37, XXI E 175 DA CRFB, ESTE REGULAMENTADO PELA LEI Nº 8.987/95. VÍCIO DE NULIDADE QUE CONTAMINA O ATO ADMINISTRATIVO DENOMINADO “CONTRATO DE ADESÃO”, QUE RENOVOU A CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO EM QUESTÃO COM BASE EM DISPOSITIVO QUE CLARAMENTE NÃO FOI RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO, AO MENOS, DOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO, DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA, DA IMPESSOALIDADE E DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES DO STF. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CITADOS QUE, *PER SI*, SÃO SUFICIENTES PARA O RECONHECIMENTO INCIDENTAL DA INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE NOVO CONTRATO, MAS SIM A MANUTENÇÃO DAS ANTIGAS PERMISSÕES, INDEPENDENTE DA REALIZAÇÃO DE QUALQUER PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. LEI FEDERAL Nº 8.987/95, QUE É APLICÁVEL AOS ÂMBITOS ESTADUAL E MUNICIPAL. PREVISÃO EXPRESSA DO ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO. ART. 43 DO MESMO DIPLOMA LEGAL QUE DECLAROU EXTINTAS TODAS AS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS OUTORGADAS SEM LICITAÇÃO NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DOS INSTRUMENTOS DELEGATÓRIOS QUE SE IMPÕEM. DIREITO SUPERVENIENTE NÃO CONSIDERADO PELA SENTENÇA. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL INTRODUZIDA PELA LEI Nº 11.445/2007 NA LEI Nº 8.987/95. APLICAÇÃO DO ART. 462, CPC, TAMBÉM PELOS TRIBUNAIS. (...) CORRETA A SENTENÇA. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO APELO.

Portanto, foi reconhecida a ilegalidade na forma como o sistema de transporte de passageiros era concedido a terceiros, sem qualquer procedimento prévio de licitação e, conseqüentemente, sem nenhum planejamento. Tudo isso contribuía para a absoluta desordem urbana, especialmente no trânsito, fazendo com que nossa cidade fosse muito mais conhecida pelos extensos engarrafamentos do que pelas belas paisagens.

Esperava-se que, com auxílio do Poder Judiciário, os gestores municipais decidissem planejar adequadamente o sistema de transporte coletivo, de modo a conferir aos cidadãos niteroienses mais qualidade de vida, aumentando a atratividade do sistema coletivo e melhorando o fluxo nas vias públicas.

De início, até pareceu assim.

I.B. Dos Fatos Antecedentes – A Contratação e o Descarte do “Plano Jaime Lerner”

No princípio de sua gestão 2009-2012, o réu JORGE ROBERTO SILVEIRA, a pretexto de organizar o sistema de transporte público, contratou diretamente a realização de um largo estudo técnico junto a JAIME LERNER ARQUITETOS ASSOCIADOS, empresa com sede em Curitiba, presidida pelo arquiteto e ex-prefeito daquela cidade, Jaime Lerner. O estudo propôs a substituição do sistema então vigente por outro, supostamente mais adequado às necessidades do cidadão niteroiense. A proposta do caro plano previa a implantação de corredores de transportes e a construção de terminais para reduzir o então vigente. A visão geral seria:



O estudo levaria a profundas mudanças nos transportes, implantando-se um sistema “tronco-alimentador”, com terminais de transbordo e conexão em pontos estratégicos na cidade. Pelo novo formato, linhas principais, com capacidade ampliada de passageiros e maior oferta de horários, fariam as conexões principais e, nos terminais, o passageiro acessaria as linhas alimentadoras que fariam distribuição para os bairros ou outros terminais. De tal maneira, ocorreria a condensação em linhas principais e diminuiria a quantidade de ônibus em circulação na cidade.

Entretanto, a despeito dos estudos, das audiências públicas e dos gastos de recursos públicos para elaboração deste plano, a lógica que prevaleceu foi a de manter o sistema anterior, sem qualquer preocupação em melhorar o transporte público de passageiros. E tal não foi obra do acaso, mas fruto de articulado estratagema destinado a ferir a legalidade do processo licitatório realizado em 2012, com vistas a manter a mesma lógica contrária ao interesse público no sistema de transportes de Niterói.

A Câmara Municipal de Niterói instalou Comissão Parlamentar de Inquérito sobre os transportes coletivos, a partir de indícios de favorecimento às empresas que já atuavam no município pelo edital de licitação da concessão do serviço de exploração de linhas de ônibus em Niterói. No curso das investigações, a UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO elaborou alentado RELATÓRIO TÉCNICO, cujos trechos merecem destaque (grifamos):

Histórico de Planejamento e Gestão de Transporte de Niterói nos Últimos 20 Anos — Verificou-se que o Setrerj (Sindicato das Empresas de Transporte Rodoviário) atua junto ao Município viabilizando estudos e projetos que vêm sendo tratados pelo administrador público como a *mise-en-scène* da decisão, isto é, com um fim em si mesmo de mera imagem de marca da gestão municipal, porém sem verificação de interesse em efetiva implantação. Afinal, nos últimos 20 anos, foram elaborados três planos (PITT, PDTT e Plano Lerner) que visavam à otimização do serviço, com redução da frota, porém sem programação orçamentária, *chegando-se ao ponto de, no processo de licitação das linhas de 2012, ter-se apresentado o Plano Lerner como a meta do certame, porém foi considerado no estudo de viabilidade 99% a mais dos investimentos necessários para aquisição da frota proposta pelo famoso urbanista, comprovando-se que o objeto do certame foi uma frota além do dobro da frota otimizada*¹.

(...)

CONCLUSÕES FINAIS

Por todo o exposto, a CPI pode concluir:

- Não se verificou interesse dos governos anteriores e do atual governo em otimizar o serviço de ônibus no Município em oposição à lógica de remuneração do serviço baseada unicamente no material rodante (veículos);
- *Verificou-se que a licitação de 2012 visou tão somente à manutenção do status quo ante;*
- *Os critérios de avaliação das propostas técnicas teriam sido formulados para pontuar com vantagem as empresas que já atuavam no mercado niteroiense em relação a eventuais concorrentes. Tal*

¹ Ver fl. 08 dos autos do inquérito civil.

conclusão ficou evidente, sobretudo nos critérios “experiência”, “idade média da frota” e “garagem”, não se podendo descartar a hipótese de conflito com dispositivos legais, em especial a Lei nº 8.666/93, art. 32 §12, assim como a Lei nº 8.987/95, art. 62. §12, visto ausência de atenção ao princípio da modicidade tarifária;

- Verificam-se cenários de maior ineficiência do sistema, com perspectiva de crescimento exagerado da frota e da tarifa para os próximos 5 anos, não podendo mais adiar-se a implantação de um sistema otimizado como proposto por Lerner.

- A tarifa em 2012 deveria ter sido calculada em R\$ 2,59 e reajustada pelo IPCA para R\$ 2,74 em 2013 e mantida assim em 2014 (descontando-se a receita extraordinária por ter sido praticada a tarifa de R\$ 2,75 nos dois últimos anos). *Se o sistema já estivesse otimizado conforme o Plano Lerner, estima-se tarifa de R\$ 2,24 para 2012; de R\$ 2,37 com o reajustamento pelo IPCA para 2013 e de R\$ 2,50 com o reajustamento pelo IPCA em 2014, equiparando-se a tarifa niteroiense às tarifas de capitais (entre R\$ 2,30 e R\$ 2,40) com indicadores urbanos semelhantes, quais sejam: Aracaju e Vitória;*

(...)

- 2/3 da população consultada reprovam o serviço de ônibus de Niterói e apenas 1/3 aprova-o, mas ninguém o considera “Ótimo”. A avaliação média do serviço de ônibus em Niterói é 3,2 numa escala de 0 a 10².

Portanto, ignorando os estudos técnicos e os gastos públicos realizados para planejar o sistema viário niteroiense, os réus se dedicaram a manter o *status quo*, aplicando critérios no edital de licitação que em quase nada alteraram o serviço, tudo com o propósito de beneficiar as mesmas empresas que já desagradavam à população.

O processo licitatório que deu origem às concessões atuais demonstra que os réus fizeram o Poder Concedente ignorar necessidade de aprimorar a oferta de transporte coletivo do município para favorecer as empresas locais que já operavam o sistema.

Com isso, o sistema de transporte coletivo de Niterói permaneceu exatamente igual ao período anterior à licitação, com as mesmas empresas operando as mesmas linhas e explorando o mesmo mercado. Para aparentar alguma mudança ou melhoria no sistema, adotou-se uma nova programação visual padrão nos veículos, com cor predominantemente vermelha para o CONSÓRCIO TRANSNIT e cor predominantemente verde para o CONSÓRCIO TRANSOCEÂNICO.

De fato, uma das poucas mudanças foi meramente cosmética: a alteração das cores dos veículos, pois as linhas se mantiveram as mesmas, como ocorre há anos. As

² Ver fl. 101 dos autos do IC.

imagens não nos deixam mentir, pois basta rápida pesquisa por imagens antigas de Niterói para ver que quase nada mudou, só a programação visual. As linhas são as mesmas.

LINHA	FOTO ATUAL	FOTO ANTIGA
39		
33		

Destarte, a licitação de 2012, destinada a legalizar a operação das linhas de ônibus, só ocorreu para cumprir uma decisão judicial e interromper as ilegais prorrogações de permissões que ditavam a exploração das linhas de ônibus no município havia décadas. Na prática, a população continua sendo pessimamente atendida da mesma forma que na fase pré-licitação.

Esse fato não foi negado nem pelo Sr. SERGIO MARCOLINI, em depoimento prestado na audiência pública na Câmara Municipal de Niterói, no dia 13 de novembro de 2013³. Questionado pelos nobres vereadores municipais sobre o que de fato fora licitado, o ex-presidente da NITTRANS (Niterói Trânsito e Transportes) foi categórico:

(...) de fato, a licitação que nós fizemos foi a licitação do sistema em vigor, portanto não teria diferença rigorosa nenhuma, porque essas

³ Ver fls. 110/121 dos autos do IC.

diferenças, elas têm que caminhar ao longo do processo. Essas modificações, tivéssemos nós continuado, nós teríamos muitas modificações que nós já queríamos implantar imediatamente, apenas não as implantamos porque até houve uma ponderação, até do governo como um todo (...).

I.C. Do Procedimento Licitatório de 2012 – Concorrência Pública

Por meio de ofício assinado em 5 de abril de 2011⁴, o Sr. JOSÉ ROBERTO VINAGRE MOCARZEL, então SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS, TRÂNSITO E TRANSPORTES, deu início à concorrência pública de âmbito nacional para o Serviço de Transporte Coletivo de Passageiros por Ônibus.

Em ofício datado de 20 de julho de 2011, o Sr. SERGIO MARCOLINI, então diretor-presidente da NITTRANS, encaminhou documentação ao Secretário Executivo HAMILTON LUIZ PEREIRA PITANGA para a confecção da minuta do edital de concorrência⁵.

Entre a documentação, constava o projeto básico, em que, expressamente, já se previa que a licitação ignoraria os planos anteriores e seria licitado o “sistema de linhas atualmente em operação”⁶, mediante formação de três áreas operacionais⁷, tudo com o escopo de manter o mesmo sistema que já operava, pois a intenção jamais foi racionalizar a prestação do serviço em benefício do usuário.

O projeto Jaime Lerner afetaria as empresas prestadoras do serviço, criando novas linhas de ônibus. Ao invés disso, as mesmas linhas até então existentes foram separadas em dois grupos, segundo sua área operacional (I e II), e o espaço territorial do município dividido em três (3) grandes áreas, sendo as áreas I e II de operação exclusiva, cujo serviço de transporte coletivo foi delegado aos dois concessionários. Já a área de operação comum (III) poderia ser explorada por ambos.

Área Operacional I – Baldeador, Barreto, Caramujo, Engenhoca, Fátima, Fonseca, Ilha da Conceição, Pé Pequeno, Ponta D’Areia, Santa Bárbara, Santana, São Lourenço e Tenente Jardim;

Área Operacional II – Badu, Cachoeira, Cafubá, Camboinhas, Charitas, Engenho do Mato, Imbuí, Itacoatiara, Itaipu, Ititioca, Jacaré, Jardim, Jurujuba, Largo da Batalha, Maceió, Maravista, Muriqui, Piratininga, Rio do Ouro, Santo Antônio, São Francisco, Sapê, Serra Grande, Várzea das Moças, Viçoso Jardim e Viradouro;

Área Operacional III – Boa Viagem, Centro, Cubango, Gragoatá, Icaraí, Ingá, Santa Rosa, São Domingos e Vital Brasil.

⁴ Ver fl. 474 dos autos do IC.

⁵ Ver fl. 476 dos autos do IC.

⁶ Ver fl. 478 dos autos do IC.

⁷ Ver fls. 491/2 dos autos do IC.

Também foi ignorada a programação de investimentos para os licitantes vencedores segundo as diretrizes do Projeto Lerner. Isto porque se elevou o valor previsto de investimentos e aquisição de frota em 99%: de R\$324.440.000,00 para R\$645.624.000,00. A frota estimada pelo estudo de viabilidade contradiz a dimensionada na licitação: 39% maior que a frota na época da licitação e 108% maior que a frota estipulada no Projeto Básico.

Embora o mencionado PLANO LERNER seja encartado como anexo ao projeto básico⁸, este não previa qualquer medida concreta por parte do Poder Concedente para sua implantação. O projeto básico dedica pouco menos de uma página a tão relevante assunto⁹ e exprime o desiderato dos agentes públicos de manter o benefício às mesmas empresas.

O projeto apresentado pelo Sr. SERGIO MARCOLINI expressamente previa que a evolução do sistema para o novo modelo deveria provir de “comum acordo com as partes”. Desta forma, a despeito de a melhoria na prestação do serviço de transportes coletivos ser tema essencial ao bem-estar da sociedade, os agentes envolvidos numa concessão de 20 (vinte) anos decidiram laconicamente submeter o serviço público à lógica privada: beneficiar as empresas prestadoras em detrimento do usuário.

Mais adiante, em documento apresentado também pelo Sr. SERGIO MARCOLINI, os critérios para julgamento das propostas são enumerados¹⁰ e, posteriormente (26 de janeiro de 2012), o expediente é encaminhado à COMISSÃO DE LICITAÇÃO, já com os critérios técnicos lançados¹¹. O Sr. ELCIO NUNES DIAS, presidente da Comissão, em apenas 5 dias (31 de janeiro), encaminha todas as minutas já elaboradas¹² – inclusive a do edital.

A rapidez com que tantos documentos (são 148 folhas) foram supostamente elaborados pela COMISSÃO DE LICITAÇÃO indica que, de fato, seus membros tiveram quase nenhuma ingerência no processo, tendo passado por ele apenas para dar ares de legalidade ao certame.

Assim, em 8 de fevereiro, é publicado o aviso da concorrência pública, firmado pelo presidente da comissão, Sr. ELCIO NUNES DIAS¹³. O processo administrativo nº 180/514/2011 divulgou a minuta para licitação de âmbito nacional para a concessão do serviço de transporte coletivo no Município de Niterói, na modalidade concorrência do tipo “melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica”.

O edital previu a possibilidade de participação em consórcios e, a partir disso, as empresas de transporte coletivo que já prestavam tal serviço em Niterói formaram dois consórcios *para que cada empresa concorresse à área em que já operava*.

O CONSÓRCIO TRANSNIT é composto pelas empresas AUTO LOTAÇÃO INGÁ LTDA., EXPRESSO BARRETO LTDA., TRANSPORTE PEIXOTO LTDA. e AUTO ÔNIBUS

⁸ Ver fls. 573/643 dos autos do IC.

⁹ Ver fl. 563 dos autos do IC.

¹⁰ Ver fls. 1083/1090 dos autos do IC.

¹¹ Ver fl. 1093 dos autos do IC.

¹² Ver fl. 1095 dos autos do IC.

¹³ Ver fls. 1519/1521 dos autos do IC.

BRASÍLIA LTDA.¹⁴ O CONSÓRCIO TRANSOCEÂNICO, por sua vez, é composto pelas sociedades empresárias VIAÇÃO FORTALEZA LTDA., VIAÇÃO PENDOTIBA S.A., SANTO ANTÔNIO TRANSPORTES LTDA. e EXPRESSO MIRAMAR LTDA.¹⁵

Na primeira ata da concorrência pública¹⁶, compareceram dois licitantes para cada grupo de áreas. O CONSÓRCIO TRANSNIT concorreu com a VIAÇÃO NOSSA SENHORA DE LOURDES S.A., empresa com sede no bairro da Penha, no Rio de Janeiro. Já o CONSÓRCIO TRANSOCEÂNICO concorreu com REAL AUTO ÔNIBUS LTDA., empresa sediada também na Capital Fluminense.

Ao fim do julgamento das propostas e com base nos quesitos elaborados pelos agentes envolvidos na confecção do edital, os consórcios formados pelas empresas que já operavam o sistema e sediadas no município venceram a concorrência. Assim, o então prefeito JORGE ROBERTO SAAD SILVEIRA firmou os dois contratos:

Contrato de Concessão nº 106/2012 – Setor 01¹⁷: Consórcio TRANSNIT, representado pela empresa líder AUTO LOTAÇÃO INGÁ LTDA., com valor de outorga de R\$ 7.291.000,00 (sete milhões duzentos e noventa e um mil reais) e valor estimado de concessão (total estimado de receitas da concessionária), segundo cláusula décima oitava, é de R\$ 1.002.355.832,80¹⁸;

Contrato de Concessão nº 107/2012 – Setor 02¹⁹: Consórcio TRANSOCEÂNICO, representado pela empresa líder VIAÇÃO PENDOTIBA S.A., com valor da outorga de R\$ 7.715.000,00 (sete milhões setecentos e quinze mil reais) e cujo valor estimado de concessão (total estimado de receitas da concessionária), segundo cláusula décima oitava, é de R\$ 1.287.001.255,09²⁰.

O benefício direto às empresas vencedoras não se deu somente por meio do descarte dos planos e estudos anteriores. Houve deliberadas condutas que levaram a que até mesmo o valor da tarifa fosse calculado de maneira superior ao adequado para se atingir a modicidade tarifária.

I.D. Dos Vícios que Afetaram a Licitade da Concorrência

A definição da modalidade da concorrência, delimitação da área de atuação, critérios técnicos e suas proporções e condições para formação de consórcios

¹⁴ Ver contrato de constituição do consórcio em fls. 1793/1810.

¹⁵ Ver contrato de constituição do consórcio em fls. 1777/1791.

¹⁶ Ver fls. 1674/1678 dos autos do IC.

¹⁷ Ver fls. 1814/1839 dos autos do IC.

¹⁸ Ver fl. 1831 dos autos do IC.

¹⁹ Ver fls. 1840/1866 dos autos do IC.

²⁰ Ver fl. 1857 dos autos do IC.

influenciaram diretamente no resultado da licitação em favor das operadoras domésticas. Nada foi obra do acaso e da mera falta de capacidade dos gestores públicos.

O resultado final do processo (a manutenção do *status quo*) foi fruto de uma cuidadosa arquitetura de ilicitudes, que demonstram claramente o elemento subjetivo dos agentes públicos, voltados para deliberadamente patrocinar os interesses das empresas privadas.

A despeito de formalmente revestida da forma de concorrência, o processo licitatório nº 180/514/2011 não promoveu condições de igualdade entre os participantes do pleito e desconsiderou os princípios de modicidade tarifária. É o que se demonstrará.

1) Da Omissão de Receitas, em Benefício das Concessionárias

O E. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por meio do proc. TCE-RJ 236.237-6/2012, apontou diversos pontos que atingiram mortalmente a legalidade do certame. O primeiro deles foi o fato de o edital de licitação *deliberadamente omitir as fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias* nas estimativas de receita dos consórcios.

Tais receitas são reguladas pelos *arts. 11 e 18 da Lei nº 8.987/1995* e correspondem a valores cujo recebimento decorre da realização de atividades econômicas relacionadas tangencialmente ao objeto de um contrato de concessão.

Pelo art. 11, o poder concedente pode prever, no edital de licitação, possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas. Por sua vez, o par. único dispõe que elas *serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato*. No mesmo sentido, o art. 18, VI, *obriga* que o edital de licitação preveja essas fontes de receita.

Portanto, tais receitas integram o sistema econômico-financeiro da concessão, visando a equilibrar os interesses envolvidos na execução do contrato, com vistas à *modicidade tarifária*. A autorização legal para que o edital estabeleça a possibilidade de receitas alternativas, complementares ou de projetos associados, para a cobrança de tarifas módicas, é um poder-dever da Administração.

Ao obrigar a incorporação de previsão das receitas acessórias às projeções econômico-financeiras do contrato, a lei exige que os estudos prévios da concessão – realizados na fase interna ou de preparação da licitação – abranjam as fontes geradoras de receitas acessórias. *Nada disso foi feito*.

A obrigatoriedade de previsão de tais receitas se encontra também: (a) no art. 10, V, da Lei nº 12.587/2012 (Política Nacional de Mobilidade Urbana), sobre a contratação de transportes coletivos urbanos; (b) no art. 11 da Lei nº 11.079/2004 (Parcerias Público-Privadas); (c) nos arts. 83, par. único, 93, VIII, e 108, §2º, da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações); (d) no art. 31 do Decreto nº 5371/2005, e arts. 28, “12”, d e 67, “2” do Decreto nº 52.795/1963, sobre a publicidade comercial nos serviços de radiodifusão de sons e de sons e imagens.

A despeito de todo esse arcabouço legal, a previsão (obrigatória) foi ignorada e *continua sendo*, já que o contrato de concessão rege a relação entre concessionárias e o Poder Público. As receitas acessórias e alternativas devem ser adicionadas às receitas totais para fins de abatimento do valor final da tarifa cobrada do usuário, fato este não mencionado no contrato de concessão.

Enquanto receitas decorrentes de exploração de espaços públicos dos terminais e veículos, como publicidade, locação e *royalties* seguem entrando nos cofres das empresas, o usuário amarga uma das mais caras tarifas da região metropolitana do Rio de Janeiro. Empresas seguem embolsando os lucros advindos de tais atividades e tal dinheiro não ingressa no cálculo da tarifa. O resultado é o benefício às empresas com dano ao usuário.

Portanto, a receita proveniente desta fonte indireta está sendo internalizada pelas concessionárias, desviando de sua função de promover a modicidade tarifária. A ausência das receitas alternativas ou complementares no estudo de viabilidade econômica, conforme tabelas de *fls. 959 (Lote 01) e 969 (Lote 02)*, fere o princípio da modicidade tarifária.

2) Do Critério de “Conhecimento do Sistema”

Outra grave ilegalidade que direcionou o certame para favorecimento às empresas que já operavam foi a adoção do *quesito técnico “conhecimento do sistema”*, responsável por 20% da pontuação da proposta técnica dos concorrentes e com grande influência no resultado final. Esse critério de avaliação das propostas técnicas pontuou com vantagem as empresas que já atuavam no mercado, ofendendo a livre e imparcial concorrência.

Tal critério, ao qual se atribuiu peso 2, confirma o favoritismo das empresas sediadas em Niterói e que já operavam no município um serviço semelhante ao licitado. Permitiu-se, de tal maneira, uma apreciação totalmente subjetiva e que *distinguiu as operadoras de Niterói a obterem o dobro da pontuação das concorrentes de outras localidades*.

3) Da Injustificada Proporcionalidade entre Técnica e Preço

No edital, *a proposta técnica representou 70% da pontuação total* do critério de avaliação do certame e *claramente beneficiava as empresas que já atuavam no mercado*. A atribuição de peso mais relevante à nota técnica teve por objetivo favorecer licitantes vencedores que não apresentassem a melhor proposta financeira. Como se atribuiu um peso bem maior à técnica, o preço acabou por não interferir no resultado da licitação.

Melhor explicando: caso os consórcios vencedores não tivessem oferecido o melhor preço e recebessem a pior nota, 70 pontos, mantendo a forma de pagamento, sairiam vencedores de qualquer forma, pois isso representaria apenas 9 (nove) pontos na nota final.

Qualquer proporção entre técnica e preço diferente de 50% deveria ser expressamente justificada de forma circunstanciada, visando a demonstrar que não representam privilégios e direcionamentos aos candidatos em decorrência de vantagens técnicas.

4) Da Exigência de Garagem no Município de Niterói

A condição tendenciosa do certame foi ainda mais evidenciada pela excessiva pontuação atribuída a alguns critérios técnicos, em especial a disponibilidade de garagem limitada ao município de Niterói com peso 3 e representando 30% da nota técnica final.

A restrição a garagens em outros Municípios conflita com o disposto na Lei nº 8.666/93, sobretudo art. 3º, §1º²¹, que veda cláusulas ou condições que restrinjam o caráter competitivo da licitação e estabeleçam preferências ou distinções em razão da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. Tal critério *beneficiou claramente as empresas sediadas no município e, com sua pontuação elevada, praticamente decide o certame em favor das empresas locais.*

I.E. Das Conclusões do Grupo de Apoio Técnico Especializado do MPRJ

Ao fim das investigações, o órgão ministerial solicitou a elaboração de análise técnica pelo GRUPO DE APOIO TÉCNICO ESPECIALIZADO DO MPRJ (GATE/MP), que instrui os presentes autos, tendo o órgão tecida as seguintes conclusões:

Diante da documentação aduzida nos autos e da solicitação feita pela Douta Promotoria, informo que os elementos constantes do processo são suficientes para comprovação de irregularidades no Processo Licitatório nº 180/514/2011, que originou os Contratos de Concessão nºs 106/2012 e 107/2012, através dos quais o Município de Niterói delega a prestação de serviços de transporte urbano nas áreas operacionais 01 e 02 aos consórcios TRANSNIT e Transoceânico.

Apesar de aparentar que a licitação teve como objeto a implantação do Projeto Lerner, na verdade, o projeto do urbanista, reconhecidamente competente em projetos de transporte urbano, foi mero coadjuvante no processo, pois o que foi licitado verdadeiramente foi o sistema

²¹ A igualdade de condições dos participantes foi restrita devido à violação de dispositivos legais da Lei nº 8666/93, por infração ao Art. 3º, §1º, determinando que seja vedado aos agentes públicos: “1 – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991”.

idêntico ao que já estava em operação e destinado ao sucesso das mesmas operadoras. Há indícios suficientes para afirmar que todo o processo para licitação das linhas foi confeccionado para beneficiar as empresas de ônibus que já operavam no município com base estabelecida em Niterói. Para agravar ainda mais o caráter tendencioso do certame, poucas diferenças podem ser observadas se compararmos o sistema pré-licitação ao sistema atual, disfarçado para os olhos desatentos apenas por uma identidade visual padronizada da frota para cada consórcio.

Não se justifica um negócio tão lucrativo não ter despertado o interesse de empresários de outros Municípios e Estados. Aparentemente, diante das propostas apresentadas, a participação da Viação Nossa Senhora de Lourdes S.A. (Área Operacional I) e da Real Auto Ônibus Ltda. (Área Operacional II) acabou apenas servindo para dar um ar de legalidade ao certame. Parece que o serviço de transporte coletivo é veladamente loteado, onde as empresas do ramo acabam por respeitar a área de atuação uma das outras, perpetuando-se na prestação do serviço, independente de ele ser bem prestado ou não.

Com isso, na promoção de um serviço de transporte público local adequado, eficiente e, principalmente, módico, um ou um dos critérios de julgamento da licitação deveria ser sempre o menor preço da tarifa. No entanto, o que se observou na licitação do STCO do Município de Niterói é que este critério não foi utilizado na escolha da proposta vencedora. Como o transporte público possui caráter essencial, conforme art. 1º da Lei Municipal nº 11075/2011, esse critério de julgamento deveria ter sido considerado.

Os elementos disponíveis para avaliação deste perito apontam para uma falta de rigor da EMUSA em favor da formação de consórcios virtualmente vencedores do pleito. Diante dos fatos apontados, conclui-se que o processo de concessão das linhas de ônibus de Niterói apresenta diversos equívocos, justificando a decretação de nulidade baseada na desigualdade verificada entre os licitantes e interessados.

I.F. Dos Trabalhos na CPI Da Câmara Municipal

Ouvido pela CÂMARA MUNICIPAL DE NITERÓI, em sessão de 16/11/2013, o Sr. JOSÉ ROBERTO MOCARZEL se manifestou sobre a elaboração dos critérios do edital. Sem admitir sua participação nas condutas, enfatizou o papel da NITTRANS na elaboração do edital:

Vereador Bruno Lessa: – Qual foi a participação do senhor no edital de licitação, na formatação dele? Sr. José Roberto Mocarzel: – Na formatação praticamente nenhuma. Vereador Bruno Lessa: – E quem foram os responsáveis pela formatação? Se o senhor puder me informar os nomes também. Sr. José Roberto Mocarzel: – A parte técnica foi o doutor Marcolini junto com a assessoria que ele tinha do doutor Jaime Lerner, na parte jurídica foi a Procuradoria do município. Vereador Bruno Lessa: – Na pessoa de? Sr. José Roberto Mocarzel: – Foi doutor Bruno Navega. Veja só, isso foi, digamos assim, o crivo, *sendo que o Marcolini fez toda a parte técnica, agora, toda a Comissão de licitação, todos esses membros de vários órgãos da administração municipal participaram da elaboração disso.*

Dias depois, em dia 30 de setembro, a CPI ouviu o presidente da Comissão de Licitação, Sr. ÉLCIO NUNES DIAS, e o Sr. ACYR LOPES DOS SANTOS, Subsecretário de Trânsito e Transporte, também membro da referida comissão. No depoimento, o Sr. ACYR consignou que a comissão de licitação pouca ingerência tinha nos rumos do processo:

Bruno Lessa: A Comissão de Licitação se reunia com qual periodicidade? Acyr Lopes: Duas vezes na semana. Bruno Lessa: Essas reuniões tinham ata? Acyr Lopes: Tinha. Bruno Lessa: *Quem teve a função dentro da Comissão de elaborar os critérios do Edital?* Acyr Lopes: *A NitTrans e a Procuradoria.* Bruno Lessa: *O Senhor não participou?* Acyr Lopes: *Não. A minha participação foi referente a documentação dos veículos.* Bruno Lessa: *O senhor concorda com os critérios adotados no edital de licitação?* Acyr Lopes: *Eu não acompanhei esses fatos. Isso era com a NitTrans e a Procuradoria.* Bruno Lessa: *Mas o senhor como membro da comissão não chegou a questionar?* Acyr Lopes: *Cada membro da comissão tinha sua área para verificar.* Bruno Lessa: *Mas os senhores não discutiam nessas reuniões semanalmente quais critérios seriam adotados e o porquê?* Acyr Lopes: *Não.* Bruno Lessa: *Não foi feita essa discussão entre os membros da comissão?* Acyr Lopes: *Não. Passava-se para os membros e cada um trabalhava dentro da sua competência e seu conhecimento.* Bruno Lessa: *Então as reuniões eram mais para constar, já que vocês não discutiam nada?* Acyr Lopes: *Verdade.*

No mesmo sentido, o depoimento do Sr. ELCIO NUNES DIAS:

Bruno Lessa: *Com relação aos critérios, qual foi a participação da comissão na escolha?* Élcio Nunes Dias: *Os critérios foram determinados*

pela NitTrans e a formatação do edital pela procuradoria. A comissão não teve participação nenhuma. Bruno Lessa: Mas os membros da comissão respondem pela elaboração inclusive dos critérios? Élcio Nunes Dias: Na comissão, os membros da procuradoria e os membros da assessoria jurídica da NitTrans. Bruno Lessa: Então os senhores discutiam? Élcio Nunes Dias: Sim, principalmente nas sessões. Bruno Lessa: Os dois critérios mais fundamentais para a escolha foram quatro empresas, dois consórcios e duas empresas. O consórcio TransNit na área operacional um e a Viação Nossa Senhora de Lourdes também nessa. Na outra área operacional, o consórcio TransOceânico e a empresa Real Ônibus Ltda. tinham seis critérios no edital. Experiência, bilhetagem, disponibilidade de frota, Idade média de frota, conhecimento do sistema e garagem. Os critérios bilhetagem, disponibilidade de frota, idade média de frota e conhecimento do sistema, todas as empresas obtiveram a mesma pontuação. De maneira que os critérios que determinaram as vencedoras foram garagem e experiência. Então, vou fazer algumas perguntas sobre esses critérios, antes perguntando qual a opinião do senhor sobre esses critérios que foram adotados? Élcio Nunes Dias: *Esses critérios foram determinados pela NitTrans e eu não tenho conhecimento técnico específico a respeito deles e qual é sua importância...* Bruno Lessa: Mas você não os discutia antes? Élcio Nunes Dias: *Não havia esse tipo de discussão dos critérios.* Bruno Lessa: Então, vocês faziam o que a NitTrans do ponto de vista técnico recomendava? Élcio Nunes Dias: *A gente recebia as propostas e as enviava para os técnicos da NitTrans e quando essas voltavam, a gente conversava...* Bruno Lessa: Refiro-me ao momento prévio, na definição dos critérios. A responsabilidade desses critérios citados, garagem e experiência, foi da NitTrans? Élcio Nunes Dias: *Sim. A Comissão executava os critérios que tinham sido predeterminados pela NitTrans.*

Tais depoimentos e o conjunto de informações colhidas ao longo da CPI levaram a que os vereadores BRUNO LESSA e HENRIQUE VIEIRA assim se manifestassem em seu “relatório em separado” para a CPI:

A função da comissão de licitação é conduzir o processo licitatório, analisar a proposta dos licitantes e aplicar os critérios previamente estabelecidos em Edital. Deve, até mesmo em observância ao princípio da razoabilidade e ao bom senso, a comissão de licitação se reunir periodicamente para discutir os rumos daquele certame licitatório em questão.

(...)

Ora, não é possível aceitar que esfera tão significativa do processo licitatório, como a comissão de licitação, se reúna somente para cumprir um rito burocrático e protocolar, não discutindo de maneira adequada e propícia os rumos do certame. Tanto do ponto de vista legal quanto moral, esse fato é estarrecedor. Demonstra por si que os rumos da licitação estavam direcionados desde o início do processo. Como pode a instância necessária pelo julgamento das propostas dos licitantes e reunir somente a título de garantir a oficialidade do processo.

(...)

Além disso, também em depoimento à CPI, o Sr. Élcio Nunes Dias, que, durante a maior parte da licitação, presidiu o processo, demonstrou total despreparo e desconhecimento do tema e em específico do certame em questão. Não é razoável e lógico que a autoridade pública destacada para “comandar” os rumos da licitação demonstre tamanho desconhecimento do processo que participou intensamente. Nem mesmo lembrava os critérios fixados pelo Edital (...).

(...)

Como se percebe, as discrepâncias entre a forma que a Comissão de Licitação de Niterói se deu e o funcionamento ideal de um organismo dessa espécie são muito grandes. É importante esclarecer que os membros desta comissão não foram responsáveis pela elaboração dos critérios contidos no Edital. São responsáveis pela aplicação dos critérios pré-estabelecidos no julgamento das propostas.

II. DA LEGITIMIDADE DE AGIR E DO INTERESSE PROCESSUAL

No que tange à legitimidade ativa *ad causam* e ao interesse de agir, o Ministério Público, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, age na presente demanda em defesa de interesse indisponível da sociedade. O Constituinte de 1988, preocupado com o patrimônio público e com a moralidade administrativa, outorgou legitimação extraordinária (poder-dever) para que sempre venha a ser perseguida a respectiva proteção em juízo.

O artigo 129, III e VII, complementa: “são funções institucionais do Ministério Público: (...); III promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;” e, também, “VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior.”

Igualmente, o art. 37, §4º, da Carta Maior dispõe que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” A legislação infraconstitucional reafirma esse categórico regramento, como se vê na redação do artigo 25, IV, *a* e *b*, da Lei Federal nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público):

Nesta perspectiva, em vista de que o Ministério Público é a instituição encarregada pela Constituição Federal de defender os interesses sociais indisponíveis, entre os quais se inclui o interesse de punir o agente ímprobo, o legislador conferiu expressamente legitimidade ativa ao Ministério Público para propor a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, que não deixa de ser uma espécie de ação civil pública para a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa (art. 129, III, da CF/88). Senão, vejamos os termos expressos do art. 17 da Lei nº 8.429/92, *in verbis*:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

Indiscutível, assim, a pertinência subjetiva da ação, no objetivo maior de aplicação plena das disposições legais e constitucionais que vedam a prática de atos que afrontam moralidade administrativa e causam prejuízo ao patrimônio público.

III. DA LEGITIMIDADE PASSIVA

O 1º réu, na época dos fatos, ocupava o posto de Prefeito Municipal de Niterói e assinou os Contratos 106/2012 e 107/2012. Foi dele a decisão final de manter o sistema em benefício das mesmas empresas que já o operavam, ignorando o planejamento anteriormente levado a cabo, com gastos de recursos públicos.

Insta salientar que o prefeito, como agente político, se submete às regras da Lei de Improbidade Administrativa, pois prefeitos municipais não gozam de prerrogativa de foro e os crimes de responsabilidade desses agentes políticos estão previstos no Decreto nº 201/67²². Destarte, o réu, pelos atos cometidos enquanto Prefeito do Município de Niterói, está submetido à Lei nº 8.429/92.

O Sr. JOSÉ ROBERTO VINAGRE MOCARZEL, por sua vez, ocupava não somente a posição de Secretário Municipal de Serviços Públicos, Trânsito e Transportes de Niterói,

²² Assente o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, sob os Prefeitos Municipais, recaem os efeitos da Lei de Improbidade Administrativa em razão da integral compatibilidade das sobreditas normas. "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (I) OS AGENTES POLÍTICOS PODEM SER PROCESSADOS POR SEUS ATOS PELA LEI Nº 8.429/92. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL/STJ (RCL 2.790/SC, REL. MIN. TEORIO ALBINO ZAVASCKI, DJE 4.3.2010). (II) LICITUDE DA PROVA OBTIDA MEDIANTE GRAVAÇÃO CLANDESTINA (CAPTAÇÃO DA CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO), DESDE QUE SEU CONTEÚDO NÃO SEJA SECRETO OU INEXISTA OBRIGAÇÃO LEGAL DE GUARDAR SIGILO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Corte Especial, no julgamento da RCL 2.790/SC, de relatoria do eminente Ministro TEORIO ALBINO ZAVASCKI, já orientou caber a submissão dos Agentes Políticos à Lei de Improbidade Administrativa, e a jurisprudência desta Corte e do STF vem se mantendo majoritária nesse sentido. 2. Os Tribunais Superiores possuem entendimento uníssono quanto à licitude da gravação clandestina, consubstanciada no registro da conversa por um dos interlocutores, ainda que o outro interlocutor não tenha conhecimento de sua ocorrência, desde que o conteúdo captado clandestinamente não seja secreto (diga respeito à privacidade dos interlocutores) nem haja obrigação legal de guardar sigilo. Precedente: RHC nº.136/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 14.05.2007, p.332. 3. Agravo Regimental desprovido." AgRg no AREsp 135384 / RS Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 15.04.2014.

como acumulou a pasta com a direção da Empresa Municipal de Moradia Urbanização e Saneamento – EMUSA. Foi o responsável pelo encaminhamento do processo licitatório eivado de vícios e supervisionava os atos praticados no curso do certame.

O Sr. SERGIO MARCOLINI, como Diretor Presidente da NITERÓI TRANSPORTE E TRÂNSITO S/A (NITTRANS), foi o principal responsável pela elaboração dos critérios técnicos que chegaram prontos e elaborados para que a Comissão de Licitação, presidida pelo Sr. ELCIO NUNES DIAS, se prestasse a mero órgão chancelador das decisões tomadas nas instâncias superiores.

Por fim, quanto às pessoas jurídicas que figuram do 5º ao 14º réu, sua legitimidade passiva resta configurada sempre que houver alguma espécie de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividades mencionadas no art. 1º da LIA. Somado a isso, tem destaque o art. 3º da citada Lei:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. (Grifamos.)

Neste sentido, reconhecendo a legitimidade passiva das pessoas jurídicas que tenham sido beneficiadas pelo ato ímprobo, leciona Emerson Garcia:

Verificando-se, verbi gratia, que determinado numerário de origem pública foi incorporado ao patrimônio de uma pessoa jurídica, estará ela sujeita às sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade e que sejam compatíveis com suas peculiaridades. Nesta linha, poderá sofrer as sanções de perda dos valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sua sócia majoritária, bem como à reparação do dano causado, em estando presentes os requisitos necessários. (Grifos nossos)²³

Da mesma forma, o E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC INOCORRENTE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. (...) 2. Considerando que as pessoas jurídicas

²³ GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*, p.340.

podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios. 3. Recurso especial não provido. (STJ, REsp. nº 970393/CE, Primeira Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 29/06/2012)

Cristalina a legitimidade passiva dos demandados para figurarem no polo passivo da presente Ação de Improbidade Administrativa.

IV. DO DIREITO

IV.1. Da Improbidade Administrativa

O Administrador, em decorrência do poder que lhe foi conferido pela coletividade, não pode exercê-lo senão visando ao bem comum, sob pena de praticar ato ilegal, viciado pelo desvio de poder. Visando a criar contornos definidos e orientar o Administrador, eis que não se trata de um direito codificado, a Administração Pública está obrigada a respeitar vários princípios.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, previu expressamente a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Outros princípios, entretanto, foram merecedores de igual consagração constitucional, por constarem expressamente da Lei Maior, embora não mencionado no art. 37, *caput*, por estarem abrigados como consequência lógica dos aludidos princípios ou por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito.

A Lei Federal nº 8.429/92 (LIA) confere efetividade ao art. 37, §4º, da Constituição, estabelecendo hipóteses de atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e que atentam contra os princípios da administração pública.

Considerando que a licitação desobedeceu aos parâmetros legais, configurada está a prática do ato ímprobo, aplicando-se o art. 10 da LIA, que define as ações ou omissões, dolosas ou culposas que, a um só tempo, se constituem ato de improbidade e representam lesão ao erário público. Nesse caso, configuração de improbidade administrativa por dano ao Erário prescinde da verificação de dolo, sendo admitida a modalidade culposa. Analisando-se o rol de incisos do citado artigo 10, as condutas dos réus, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, enquadram-se nos incisos VIII e XII:

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;

(...)

XII – permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

Desta forma, o ato de frustrar a licitude de processo licitatório (LIA, art. 10, VIII) resta fartamente demonstrado no curso do inquérito civil, não se baseando a imputação em alegações genéricas de irregularidades. Restou demonstrado que os réus concorreram dolosamente para a frustração da licitude da concorrência pública, que, por seu caráter restrito, ocasionou não somente lesão ao erário como à coletividade.

In casu, está comprovado que houve burla aos preceitos que deveriam reger o procedimento licitatório, atingindo com isso os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade. O desprezo às normas que devem regular procedimento licitatório, especialmente mediante criação de critérios que restringiam sua competitividade, além de ilegal, acarreta dano, porque a total falta de concorrência obstou a escolha da proposta mais favorável dos possíveis licitantes habilitados a contratar.

Ao se atuar para manter as mesmas empresas operando o sistema, os réus desprezaram o *princípio da competitividade*, essencial à licitação, que só se pode considerar existente quando há competição. O interesse público é satisfeito quando a competição propicia a obtenção da melhor proposta. A competitividade assegura que todos os licitantes sejam beneficiados por idêntica condição (art. 3º da Lei nº 8.666/93).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. FRAUDE EM LICITAÇÃO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E PELA EXISTÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REVISÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) II. Segundo consignado no acórdão recorrido, à luz das provas dos autos, “os atos praticados pelos agentes públicos, com a concorrência e participação da contadora da empresa pertencente a estes, caracterizam a conduta prevista na LIA, de enriquecimento sem causa, de empresa que não poderia negociar com a Administração

Pública (Irmãos Domingos), fraudando licitação, para que empresa de 'fachada', que não dispunha de um estabelecimento comercial, de regularidade fiscal obrigatória, de mercadoria suficiente para a revenda à municipalidade, firmasse contrato com a Prefeitura de Várzea Grande, para fornecimento de produtos alimentícios para as merendas escolares do Ente municipal". (...) (STJ; Processo: AgRg no AREsp nº 637.766/MT; Relator: Min. Assusete Magalhães; Órgão Julgador: Segunda Turma; Julgamento: 23/02/2016; Publicação: DJe, 09/03/2016)

Quanto ao *inciso XII*, este resta igualmente configurado. Ao ofenderem a modicidade tarifária, omitindo diversas receitas que deveriam entrar no cálculo da tarifa (como exposto no item I.D, 1, *supra*), os agentes públicos obraram para que as empresas privadas se enriquecessem ilicitamente, deixando de levar em consideração que elas auferem essas receitas e permitindo que a tarifa seja fixada em valores superiores ao ideal. *Tudo em detrimento do usuário*.

Ademais, a contratação, nos moldes como ocorreu, afronta os princípios basilares da Administração Pública, pois não observou a legalidade, moralidade, impessoalidade, tampouco o princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Ressalte-se que não somente por enquadramento no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, como também por enquadramento no seu art. 11, *caput*, incorreram os réus em ato de improbidade administrativa.

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 (...).

A participação dos réus no esquema montado para direcionar a concorrência pública percebe-se a partir do conjunto probatório encartado nos autos, o que confirma a prática de ato de improbidade administrativa, consistente em grave e reiterada violação aos princípios regentes da atividade administrativa, em especial a legalidade e a moralidade. Os agentes públicos réus fraudaram o certame, o que atrai a incidência também do art. 11 da LIA.

Outro ponto a merecer destaque é a direta ofensa ao *dever de lealdade às instituições*. Como dito, os agentes decidiram realizar a concorrência pública apenas para fazer cumprir uma decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, atendendo a demanda coletiva do MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, que determinou a realização de procedimento licitatório para regularizar o sistema. Ao invés de realizar um efetivo certame, operou-se uma série de atos com vistas a manter a mesma situação anterior à decisão judicial.

Por meio de suas condutas dolosas, os agentes se esforçaram, mediante uma série de critérios que limitaram a competitividade, em cumprir apenas formalmente a decisão judicial, burlando-a de fato.

IV.2. Da Existência do Elemento Subjetivo

O elemento subjetivo, em face da impossibilidade de se adentrar a consciência do agente, deve ser analisado de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, o dolo, ainda que genérico, é facilmente constatado a partir da narrativa fática ora descrita. Não há espaço para se falar em conduta culposa, especialmente porque o integrante da Administração Pública deve atuar com consciência dos seus atos e dos resultados de sua conduta.

A depender da conduta praticada, haverá a incidência de um ou mais artigos previstos na Lei de Improbidade Administrativa. Na situação aqui tratada, os atos de improbidade imputados são os previstos nos *arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92*.

Sedimentado o entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que, para a configuração dos atos previstos no artigo 10, é necessária a configuração da culpa do agente, ao passo que, para aqueles previstos no artigo 9º e 11, é essencial a comprovação do dolo, ainda que genérico.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/1992 AOS AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI Nº 201/1967. ART. 10 DA LIA. CULPA DO AGENTE. DOSIMETRIA DA PENA. MULTA CIVIL. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. Não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei nº 201/1967 e a Lei nº 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato. Precedentes. 3. Inviável a decretação de nulidade do julgamento, por cerceamento de defesa (violação do art. 333 do CPC), se a parte não demonstra que prova deixou de produzir, para alterar o resultado do julgamento. 4. O posicionamento firmado pela Primeira Seção é que se exige dolo, ainda que genérico, nas imputações fundadas nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992 (enriquecimento ilícito e violação a princípio), e ao menos culpa, nas hipóteses do art. 10 da mesma norma (lesão ao erário). 5. Modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstado nesta instância especial (Súmula 7/STJ). 6. Agravo regimental não provido. AgRg no AREsp nº 103419 / RJ. Relatora. Min. Eliana Calmon. DJe 17.09.2013.

No caso, não há espaço para suscitar conduta culposa. A celebração dos contratos, após um certame eivado de vícios e previamente direcionado a manter as mesmas empresas em operação, evidencia a vontade livre e consciente em atuar em descompasso com o ordenamento jurídico.

Destarte, resta configurado claramente o dolo dos agentes, pois possuem grau de discernimento, conhecimento dos fatos e das consequências suficientes para adoção de medidas necessárias a obstar o ato ímprobo. A inobservância da lei e a vontade deliberada em dar prosseguimento à contratação ao arrepio da lei são causas mais do que suficientes para caracterizar o ato ímprobo, o dolo dos administradores públicos e o evidente dano ao erário.

IV.3. Do Dano ao Erário

Na hipótese, houve ofensa aos princípios que regem a Administração, sobretudo os da moralidade administrativa e legalidade, como também ao artigo 37, da Constituição Federal, tendo gerado prejuízo ao erário, devendo, portanto, haver ressarcimento integral do dano causado ao erário.

A improbidade administrativa consistente em atos que atentam contra os princípios que regem a Administração prescinde de dano efetivo ao erário e tampouco o enriquecimento ilícito do agente ímprobo. Basta, para caracterizar a conduta, sua subsunção à norma do art. 11 da Lei nº 8.429/92, *i.e.*, que se demonstre a ocorrência de lesão aos princípios da Administração Pública.

É exato recordar-se, ainda, o art. 21, II, da Lei nº 8.429/92, o qual deixa claro que *a aplicação das sanções previstas nesta lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público*. Desta forma, a improbidade prescinde de dano material concreto ao erário, porque vulnerar um princípio é a mais grave agressão dentro do sistema, a inobservância da eficiência, da legalidade e da moralidade administrativa atentam contra os valores imateriais da Administração Pública.

Não é demais lembrar que a dispensa indevida de licitação, como no caso dos autos, o dano ao erário deve ser considerado *in re ipsa*, sem a necessidade de demonstração de efetivo prejuízo financeiro. Neste sentido, tem se manifestado o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI Nº 8.429/1992. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO *IN RE IPSA* À ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo nº 2)

2. Segundo entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõem a Primeira Seção, o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano in re ipsa), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta, não tendo o acórdão de origem se afastado de tal entendimento.

3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório, esbarrando na dicção da Súmula sete do STJ, salvo quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas.

4. Hipótese em que, muito embora o Tribunal de origem tenha excluído as demais sanções impostas no primeiro grau de jurisdição, fixou a multa civil prevista no art. 12, II, da LIA em cinco remunerações mensais atualizadas, louvando-se nas peculiaridades da questão, notadamente no dano presumido causado à administração pública, incorrendo qualquer laivo de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp nº 1499706 / SP. Relator Ministro Gurgel de Faria. DJe 14/03/2017 – *grifamos.*)

Diante de todo o exposto e de todas as provas colhidas ao decorrer do procedimento investigatório, tem-se configurada a prática de atos de improbidade administrativa pelos réus.

IV.4. Do Dano Moral Coletivo

Cabe a discussão sobre danos morais em ações que discutam improbidade administrativa, pela frustração trazida pelo ato ímprobo na sociedade, dano este que não se confunde com aquele eventualmente sofrido à imagem do ente público. Nesse sentido, o E. STJ:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. MULTA CIVIL. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. (...) 3. Não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal. 4. A aferição de tal dano deve ser feita no caso concreto com base em análise detida das provas dos autos que comprovem efetivo dano à coletividade, os quais ultrapassam a mera insatisfação com a atividade administrativa. (...) 6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte. (STJ, RESP nº 960926 / MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ Data: 18/03/2008)

Ensina a doutrina sobre essa espécie de dano:

A injusta lesão a interesses metaindividuais socialmente relevantes para a coletividade (maior ou menor), e assim tutelados juridicamente, cuja ofensa atinge a esfera moral de determinado grupo, classe ou comunidade de pessoas ou até mesmo de toda a sociedade, causando-lhes sentimento de repúdio, desagrado, insatisfação, vergonha, angústia ou outro sofrimento psicofísico²⁴.

O Ministério Público, por sua vez, tem legitimidade *ad causam* para o pedido de reparação por danos morais na ação civil pública (CRFB, arts. 127 e 129, III e Lei nº 7.347/1985, art. 1º), restrita quanto aos interesses ou direitos difusos e coletivos (transindividuais).

Embora a LIA somente aborde danos causados ao patrimônio das pessoas jurídicas referidas em seu art. 1º, o fato é que o patrimônio público, moral ou patrimonial, pertence à coletividade, motivo pelo qual qualquer dano causado ao primeiro consiste também em dano à segunda. *In casu*, as provas dos autos apontam o efetivo dano à coletividade, que ultrapassa a mera insatisfação com a atividade administrativa.

O pedido de dano ora exposto funda-se no envolvimento dos demandados nas condutas ora imputadas, que obraram para a manutenção do serviço de transporte público ineficiente, com o propósito de defender interesses das empresas rés, mediante diversos ardis. Com isso, não somente a sociedade niteroiense sofre diariamente com a péssima e mal regulada atividade desenvolvida pelas empresas rés, como a própria imagem do Município é exposta ao descrédito da coletividade.

A respeito da *prova* do dano moral metaindividual, com absoluta propriedade, a doutrina se manifesta:

Não se cogita, pois, com vistas à demonstração do dano moral coletivo, da análise do traço subjetivo do lesante ou de prova do prejuízo moral, pois este se evidencia do próprio fato (*ipso facto*). É lógico que assim se dê, considerando: (a) que os efeitos dos danos causados são diretamente captados da sua ocorrência, consequência da índole moral dos interesses transindividuais tutelados; (b) estarem tais interesses espalhados de maneira fluida por determinadas coletividades, na maior parte dos casos havendo indeterminação dos indivíduos; (c) a natural dificuldade de uma aferição exata da sua extensão e profundidade; e, ainda, (d) a relevância da sua reparação para o equilíbrio social²⁵.

²⁴ TEIXEIRA, João Carlos. Dano moral coletivo da relação de emprego. In: *Temas polêmicos em direito e processo do trabalho*, p.123.

²⁵ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano moral coletivo*. São Paulo: Ltr, 2004, p.152.

(...) Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto²⁶.

Resta demonstrado de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela sociedade titular na ofensa cotidiana ao interesse coletivo. Ao obrarem em benefício das empresas, foi mantido um sistema ultrapassado, com excesso de veículos, em detrimento do próprio direito à cidade, do qual a *mobilidade urbana* é uma das facetas mais relevantes. Assim, observando os danos causados, bem como sua repercussão, a conduta dos réus ofende direta e diariamente a coletividade.

O dano moral coletivo ocorre pela ofensa a bem jurídico não pertencente a um só indivíduo, mas a um grupo ou à coletividade e que merece igualmente reparabilidade, como se vê no presente caso. Como deixou assentado o E. STJ, do Resp nº 1.057.274-RS:

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.
2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

O transporte coletivo de qualidade faz parte do conjunto de elementos necessários à circulação das pessoas. Quanto maiores suas racionalidade e qualidade, maior a própria qualidade de vida nas cidades.

Por sua vez, a reparação do dano moral causado à coletividade por ato de improbidade administrativa não deve reverter à pessoa jurídica lesada. Nesse caso, aplica-se o disposto no art. 13 da Lei nº 7.347/85, devendo reverter para o fundo de direitos difusos.

Relativamente à *quantificação* do dano imaterial, não há, ao certo, paradigmas para a fixação do valor da reparação. Isso não pode impedir a proteção legal, pois o *quantum* deve ser averiguado segundo as características próprias aos interesses difusos e coletivos, diferentes daqueles das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo de pessoas.

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. Revista dos Tribunais, 1993, p. 202.

Destarte, a quantificação do dano moral coletivo deve mensurar a justa reposição da ofensa ao bem jurídico difuso ou coletivo de modo a garantir a reparabilidade à comunidade lesada. *In casu*, entende o Ministério Público que o *valor das outorgas* – no total de R\$ 15.006.000,00 (quinze milhões e seis mil reais) – é o mais adequado para se atingir algum padrão de objetividade a fim de se alcançar a reparabilidade do dano.

O valor da outorga corresponde, grosso modo, ao *preço* aceito pelas empresas para assinarem os contratos de concessão. Como todo preço, ele reflete o valor que todos os envolvidos entenderam adequado para a celebração dos contratos, pois determina o valor monetário do contrato que lesou a coletividade de forma tão grave. Sendo assim, o dano à coletividade encontra no preço das outorgas seu parâmetro mais adequado.

V. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o Ministério Público:

1. autuação da presente e notificação dos DEMANDADOS para se manifestarem, nos termos do art. 17, §7º da Lei nº 8429/92;
2. recebimento da petição inicial e citação dos DEMANDADOS para, querendo, apresentar contestação, nos termos do art. 17, §9º da Lei nº 8429/92;
3. notificação do Município de Niterói, na pessoa de seu representante legal, para os fins do disposto no art. 17, §3º, da Lei nº 8.429/92;
4. julgar procedente o pedido de condenação pela prática de improbidade administrativa prevista nos *artigos 10 e 11* da Lei Federal nº 8.429/92 e aplicar a (1) JORGE ROBERTO SAAD SILVEIRA, (2) JOSÉ ROBERTO VINAGRE MOCARZEL, (3) SERGIO MARCOLINI, (4) ELCIO NUNES DIAS, (5) CONSÓRCIO TRANSNIT, (6) CONSÓRCIO TRANSOCEÂNICO, (7) AUTO LOTAÇÃO INGÁ LTDA., (8) EXPRESSO BARRETO LTDA., (9) TRANSPORTE PEIXOTO LTDA., (10) AUTO ÔNIBUS BRASÍLIA LTDA., (11) VIAÇÃO FORTALEZA LTDA., (12) VIAÇÃO PENDOTIBA S.A., (13) SANTO ANTÔNIO TRANSPORTES LTDA., (14) EXPRESSO MIRAMAR LTDA. as sanções previstas no artigo 12, incisos II e III, da Lei Federal nº 8.429/92, bem como a condenação ao ressarcimento do valor total da lesão ao erário, com atualização monetária pelos índices oficiais de correção e acrescidos de juros de mora na taxa legal, a serem apurados na fase processual adequada;
5. condenação dos DEMANDADOS ao pagamento das custas, emolumentos, encargos e demais despesas processuais, inclusive eventuais perícias requeridas no curso do processo a serem revertidos ao *Fundo Orçamentário Especial do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

na conta do banco Itaú/conta corrente nº 02550-7/agência: 6002 (titularidade: Fundo Especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – CNPJ: 02.551.088/0001-65);

6. seja a presente ação julgada procedente, condenando-se os réus solidariamente ao pagamento de reparação pelo DANO MORAL COLETIVO no valor de R\$ 15.006.000,00 (quinze milhões e seis mil reais), acrescido de juros legais e correção monetária a partir da data do trânsito em julgado, em favor do FUNDO DE DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO;

7. no caso de serem julgados procedentes os pedidos aqui formulados, sejam oficiados o Tribunal Superior Eleitoral, no caso de suspensão dos direitos políticos, o Banco Central do Brasil – para que esse comunique às instituições financeiras oficiais a proibição de contratar com o poder público e receber incentivos e benefícios fiscais ou creditícios;

8. em atenção ao disposto no CPC, art. 319, informa o *Parquet*, desde já, a impossibilidade de realizar audiência de conciliação ou de mediação, diante da gravidade dos fatos narrados.

No mais, protesta pela produção de prova documental superveniente, testemunhal, sem prejuízo de outras que se fizerem necessárias.

O Ministério Público receberá os autos, para intimação pessoal, nos termos do art. 236, §2º do CPC, na sede da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva – Núcleo Niterói.

Dá-se à causa, de caráter inestimável, o valor de R\$ 15.006.000,00 (quinze milhões e seis mil reais), calculado a partir do somatório dos valores das outorgas dos contratos celebrados ao arripio da lei, que deverão ser futuramente atualizados.

Niterói, 26 de dezembro de 2017.

LEONARDO CUÑA DE SOUZA

Promotor de Justiça (em designação)