

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.306.817 - AC (2012/0015104-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : UNIÃO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ALDEMIR LOPES DA SILVA
ADVOGADO : FRANCISCO VALADARES NETO E OUTRO(S)
INTERES. : CESAR AUGUSTO GADELHA E OUTROS

RELATÓRIO

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e a UNIÃO interpõem Agravos Regimentais contra decisão de fls. 1205/1220, assim ementada:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITURA DE BRASILEIA/AC. CONVÊNIO COM A UNIÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE 41 UNIDADES HABITACIONAIS. LICITAÇÃO INICIAL NA MODALIDADE TOMADA DE PREÇOS. POSTERIOR REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO, NA MODALIDADE CONVITE, PARA A CONSTRUÇÃO DE MAIS 16 CASAS, COM O VALOR RESTANTE DO CONVÊNIO. PARCELAMENTO DA OBRA JUSTIFICADO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL DE QUE, NESTA ÚLTIMA LICITAÇÃO, HOUVESSE NECESSIDADE DE REPETIÇÃO DOS PRIMEIROS LICITANTES. ILEGALIDADE NÃO COMPROVADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO DESPROVIDO (fls. 1205).

2. No regimental de fls. 1235/1243, alega a UNIÃO que houve ilegalidade na conduta imputada ao ex-Prefeito do Município de Brasileia/AC, e que esta última ofende os princípios da legalidade e impessoalidade, tratados no art. 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa. Reafirma, no mais, os argumentos insertos no Nobre Apelo de fls. 1166/1179.

3. Noutro giro, no Agravo Regimental de fls. 1225/1231, sustenta o MPF que a ilicitude da conduta restou caracterizada, ante a violação aos princípios da Administração Pública, já que houve o parcelamento indevido da licitação, vedado pelo art. 23, § 5o., da Lei 8.666/93, assim como pelo fato de as empresas perdedoras, que participaram da tomada de preços, não terem sido convidadas a participar do segundo certame, realizado na modalidade convite.

4. Afirma que a manutenção do precedente pode acobertar

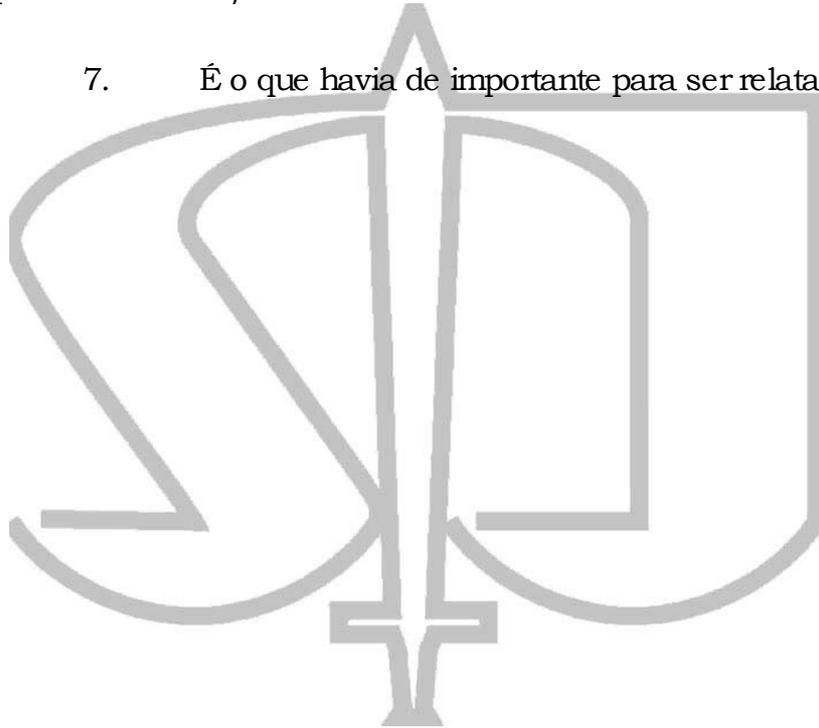
Superior Tribunal de Justiça

dirigismos do certame licitatório, camuflando ilícitos em atos como o caso em comento.

5. Alega que a conduta da parte agravada enquadra-se no art. 11, inciso I, da Lei 8.429/92.

6. Pugnam, dessa maneira, pela reconsideração da decisão agravada ou pela apresentação do feito à Turma Julgadora, para que seja provido o Raro Apelo de fls. 1166/1179.

7. É o que havia de importante para ser relatado.



AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.306.817 - AC (2012/0015104-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : UNIÃO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ALDEMIR LOPES DA SILVA
ADVOGADO : FRANCISCO VALADARES NETO E OUTRO(S)
INTERES. : CESAR AUGUSTO GADELHA E OUTROS

VOTO

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITURA DE BRASILEIA/AC. CONVÊNIO COM A UNIÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE 41 UNIDADES HABITACIONAIS. LICITAÇÃO INICIAL NA MODALIDADE TOMADA DE PREÇOS. POSTERIOR REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO, NA MODALIDADE CONVITE, PARA A CONSTRUÇÃO DE MAIS 16 CASAS, COM O VALOR RESTANTE DO CONVÊNIO. AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL DE QUE, NESTA ÚLTIMA LICITAÇÃO, HOUVESSE NECESSIDADE DE REPETIÇÃO DOS PRIMEIROS LICITANTES. ILEGALIDADE NÃO COMPROVADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL DO MPF DESPROVIDO.

1. Para a configuração dos atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92, exige-se que a conduta seja praticada por Agente Público (ou a ele equiparado), atuando no exercício de seu munus público, havendo, ainda, a necessidade do preenchimento dos seguintes requisitos: (a) conduta ilícita; (b) improbidade do ato, configurada pela tipicidade do comportamento, ajustado em algum dos incisos do 11 da LIA; (c) elemento volitivo, consubstanciado no dolo de cometer a ilicitude e causar prejuízo ao Erário; (d) ofensa aos princípios da Administração Pública.

2. In casu, o MPF e a União pugnam pela condenação do ex-Prefeito de Brasileira/AC no ato ímprobo tipificado no art. 11, I da Lei 8.429/92, sob o argumento de ter parcelado indevidamente o objeto de Convênio 642/97, firmado com a União, que objetivava a construção de 41 unidades habitacionais no Município. Para tanto, relatou que, em um primeiro momento, o agravado teria realizado licitação, na modalidade Tomada de Preços para a construção das 41 moradias; posteriormente, teria promovido novo procedimento licitatório, na modalidade Convite, para utilizar a verba que sobrou do Convênio na construção de mais 16 moradias.

3. Não há comprovação da ilicitude da conduta do agravado, pois, conforme destacado pelo Tribunal de origem, a nova licitação, na modalidade Convite, almejou buscar, no mercado, novas empresas que

Superior Tribunal de Justiça

pudessem, em tese, oferecer preço mais vantajoso para a Administração Pública do que o da vencedora, o que justificou o envio da Carta-Convite para outras empresas que não participaram da primeira licitação, na modalidade Tomada de Preços; a motivação do ato, portanto, afasta a alegação da parte agravante de eventuais dirigismos do certame licitatório, que, ainda que estivessem presentes no caso em exame, deveriam ser provados pelo Parquet, não sendo suficiente sua mera cogitação pela parte agravante.

4. *Ademais, não há que se falar em ofensa aos princípios da legalidade e da impessoalidade, quando inexistente lei ou regulamento impondo que, na licitação na modalidade Convite, devesse ser enviado Carta-Convite às pessoas que participaram de procedimento anterior (Tomada de Preços), com objeto semelhante.*

5. *Quanto à nova licitação promovida pelo ex-Prefeito, na modalidade Convite, não se trata de parcelamento indevido do objeto da licitação - até porque o Convênio firmado com a União visava à construção de apenas 41 moradias. Nesse aspecto, razão assistiria ao MPF caso uma parcela dessas 41 habitações fosse indevidamente licitada em um primeiro momento e, posteriormente, houvesse a abertura de novo procedimento licitatório para o restante.*

6. *Na demanda em exame, contudo, narra-se uma conduta do ex-Administrador voltada eminentemente ao interesse público, já que, além de ter construído as 41 habitações que eram objeto do Convênio firmado com a União, posteriormente abriu novo certame para a construção de outras 16 moradias com o restante da verba do Convênio 642/97, que estava sem utilização.*

7. *Ausência de ilicitude, de malversação do patrimônio público ou de desvio de finalidade na conduta praticada pelo ex-Prefeito de Brasília/AC.*

8. *Agravos Regimentais desprovidos.*

1. *A despeito das razões esposadas nos Regimentais, a decisão agravada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.*

2. *Com efeito, a primeira e mais urgente função preparatória da aceitação da petição inicial da Ação por Ato de Improbidade Administrativa é a de extremar o ato apontado de ímprobo da configuração da mera ilegalidade (dada a inegável afinidade formal entre as duas entidades), para verificar se o ato tido como*

Superior Tribunal de Justiça

improbo não estará apenas no nível da mera ilegalidade, ou seja, não se alça ao nível da improbidade; essa atividade é relevante porque especializa a cognição judicial no objeto específico da ação em apreço, evitando que a sua energia seja drenada para outras áreas afins, ou desperdiçada em movimentos processuais improdutivos.

3. Sabe-se que é muito antiga - e remonta aos tempos iniciais das formulações teóricas dos institutos e das práticas judiciais do Direito Sancionador, cuja matriz histórica é o Direito Penal moderno - a sempre aguda contraposição conceitual entre a ilegalidade e a ilicitude ímproba dos atos humanos ou, em outras palavras (pondo-se aquela dicotomia no preciso espaço jurídico das sanções), a distinção (necessária distinção) entre a conduta ilegal e a conduta ímproba imputada ao agente (público ou privado) autor da ação ofensiva então submetida ao crivo judicial, para o efeito de sancionamento.

4. A confusão entre esses conceitos (e, por extensão, a confusão entre quaisquer outros conceitos) sempre leva a reflexão jurídica (ainda que bem intencionada) a resultados nefastos; conduz inevitavelmente o raciocínio a impasses lógicos e também éticos, cuja solução desafia a cognição dos atos em análise sem as pré-concepções comuns (ou vulgares) quanto às suas estruturas e aos seus significados; ainda que a linguagem usual empregue um termo (ilegal) por outro (ímprobo), o julgamento judicial há de fazer (sempre) a devida distinção entre ambos.

5. Essa proposta nada tem de vanguardista e nem de garantismo jurídico radical: ela (a proposta) resulta da observação da tendência - aliás inexplicavelmente bastante generalizada - de se considerar, automaticamente, como ímprobos as condutas ilegais e, assim, aplicar-se aos seus agentes (aos agentes das condutas ilegais) as sanções (ásperas sanções) da Lei 8.429/92 (Lei da Improbidade).

6. É bem provável, sem dúvida, que a confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade provenha do *caput* do art. 11 dessa Lei, porquanto ali está apontada como ímproba a conduta (qualquer conduta)

Superior Tribunal de Justiça

ofendente dos princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o famoso princípio da legalidade (art. 37 da Constituição), como se sabe há muito tempo.

7. A aplicação cega e surda desse dispositivo (art. 11 da Lei 8.429/92, *caput*) leva, sem dúvida alguma, à conclusão judicial (e mesmo quase à certeza ou à convicção judicial) de que toda ilegalidade é improba e, portanto, o seu autor (da ilegalidade) sujeita-se às sanções previstas para essa conduta.

8. Mas há um grave engano (ou uma brutal simplificação) nessa percepção, pois somente o *decisionismo* pode inspirar tal assertiva: se fosse consistente a postura de identificar a improbidade na ilegalidade, toda vez que se concedesse uma ordem de *habeas corpus* ou um mandado de segurança, por exemplo, a autoridade impetrada (num e noutro caso), deveria responder por improbidade (pois a ilegalidade de seu ato achava-se indubitosa), o que seria - convenhamos - um rematado absurdo jurídico.

9. Portanto, a ilegalidade e a improbidade não são - em absoluto, não são - situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), eis que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, dest'arte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.

10. Ademais, dessa atuação malsão do agente deve resultar (i) o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º. da Lei 8.429/92), (ii) a ocorrência de prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei 8.429/92) ou (iii) a infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da Constituição e 11 da Lei 8.429/92).

11. Observe-se, ainda, que a conduta do agente, nos casos dos arts. 9º. e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre *dolosa*, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92,

Superior Tribunal de Justiça

admite-se que possa ser *culposa*, mas sem nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.

12. Quando não se faz a distinção (necessária distinção) conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação (perigosa aproximação) da sempre temível responsabilidade objetiva por infrações, embora às vezes alguém nem se dê conta disso; a jurisprudência do STJ, na esteira das lições dos doutrinadores, assenta essa distinção: AIA 30/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 28.09.2011; REsp. 1.103.633/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 03.08.2010; EDcl no REsp. 1.322.353/PR, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 11.12.2012; REsp. 1.075.882/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 12.11.2010; REsp. 414.697/RO, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 16.09.2010; REsp. 1.036.229/PR, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 02.02.2010.

13. Feitas tais considerações, da análise dos autos, deduz-se que o MPF ajuizou Ação Civil Pública de Improbidade contra ALDEMIR LOPES DA SILVA - ex-Prefeito do Município de Brasília/AC - e outros quatro réus, amoldando a conduta dos agentes no art. 10, I, II e XII, e 11, II, todos da Lei 8.429/92, com esteio nos seguintes fatos:

O então Prefeito do Município de Brasília/AC, Sr. ALDEMIR LOPES DA SILVA, celebrou, em 31/12/1997, convênio com a União, através do Ministério de Planejamento e Orçamento - MPO (fls. 27/33 da pasta 4 de documentos anexos), cujo extrato foi publicado no Diário Oficial da União do dia 26/01/1998, tendo por objetivo o repasse de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) para o referido Município visando construir quarenta e uma unidades habitacionais populares, conforme plano de trabalho anexo (fls. 23/25 da pasta 4).

Com o desiderato de cumprir a determinação do Convênio, foi aberto procedimento licitatório na modalidade Tomada de Preços (edital as fls. 68/76 da pasta 6), para construção das 41 (quarenta e uma) unidades habitacionais, tendo sido vencedora a empresa W.A. CONSTRUÇÕES LTDA, com proposta no valor de R\$ 182.401,62 (cento e oitenta e dois mil, quatrocentos e um reais e sessenta e dois centavos).

Em 25/05/1998 foi firmado Contrato 78-A/98 (fls. 29/33 da pasta 6),

Superior Tribunal de Justiça

entre a Prefeitura Municipal de Brasília e a empresa W.A. CONSTRUÇÕES LTDA para a construção das quarenta e uma casas populares.

Posteriormente, em 22/07/1998, foi firmado o Termo Aditivo 01/98 ao referido contrato (fls. 27/28 da pasta 6), aumentando o objeto do mesmo em 10 (dez) unidades habitacionais, ao preço de R\$ 44.488,20 (quarenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e oito reais e vinte centavos).

Logo após, em 20 de julho de 1998, foi aberto novo procedimento licitatório, desta vez na modalidade Convite (fls. 79/84 da pasta 5), visando a aplicação das sobras recursos do Convênio 642/97 na construção de mais 16 (dezesesseis) unidades habitacionais, ampliando sensivelmente o objeto inicial do Convênio, que passou de 41 (quarenta e uma) para 67 (sessenta e sete) unidades habitacionais.

Consagrando-se novamente vencedora do certame licitatório, a empresa W.A. CONSTRUÇÕES LTDA celebrou o Contrato 123/98 com a Prefeitura de Brasília/AC (fls. 42/46 da pasta 4), pelo preço de R\$ 71.181,12 (setenta e um mil, cento e oitenta e um reais e doze centavos).

Dos fatos até aqui descritos, verificam-se desde já duas impropriedades praticadas pela Administração do Sr. ALDEMIR LOPES DA SILVA: a primeira refere-se ao procedimento licitatório utilizado para a construção das 16 (dezesesseis) últimas unidades habitacionais populares, pois não poderia ter sido realizado na modalidade convite, visto que as parcelas da mesma obra (41 e 16 unidades habitacionais populares), deveriam ter sido efetivadas na modalidade tomada de preços, porque o valor total do convênio, de trezentos mil reais, enquadra-se no limite previsto no artigo 23, I, b, da Lei 8.666/96, de forma que o § 5º. do referido artigo veda expressamente o administrador público de utilizar convite ou tomada de preços para parcelas de uma mesma obra quando o somatório concretizar uma ou outra modalidade licitatória.

A segunda irregularidade verificada na execução do Convênio 642/97 refere-se aos acréscimos feitos no seu objeto. Ora, a meta inicial de 41 (quarenta e uma) casas populares foi ampliada inicialmente para 10 (dez) unidades habitacionais e posteriormente para 16 (dezesesseis), de forma que o preço inicialmente fixado, de R\$ 182.401,62 (cento e oitenta e dois mil, quatrocentos e um reais e sessenta e dois centavos), foi ampliado em mais de 63,41% (sessenta e três vírgula quarenta e um por cento), ultrapassando e muito o limite máximo de 25% (vinte e cinco por cento) para obras e serviços, conforme § 1º. do artigo 65 da Lei 8.666/93.

Portanto, conclui-se que o Sr. ALDEMIR LOPES DA SILVA, no

Superior Tribunal de Justiça

intuito de aumentar vertiginosamente o objeto do Convênio 642/97 e demonstrar a sua suposta "eficiência" enquanto Administrador Público, acabou atropelando de forma inescusável a Lei das Licitações e Contratações e, como não poderia ser diferente, acabou construindo unidades habitacionais populares imprestáveis, conforme atestam as conclusões do Relatório de Avaliação Final da obra de fls. 90/100 da pasta 1, contrariando completamente o plano de trabalho e a finalidade do Convênio 642/97, que seria propiciar aos beneficiários das casas populares um nível mínimo de melhoria em suas qualidades de vida.

(...) (fls. 14/16).

14. A Sentença de fls. 1073/1084 julgou *parcialmente procedente* o pedido, destacando que a improbidade tipificada no art. 11, I da LIA restou configurada, devido ao fato de as empresas que participaram da tomada de preços não terem sido chamadas a participar do convite, caracterizando burla à licitação. A propósito, cita-se a fundamentação do julgado:

Em síntese, atribuem-se aos requeridos, enquanto atos ímprobos, as condutas de: i) burla à lei de licitações, com o fim de favorecer terceiro, ao fracionar o objeto do certame, possibilitando o uso irregular de convite ao invés da tomada de preços, modalidade esta que ensejaria maior competitividade e publicidade; e acréscimos no objeto da obra; ii) pagamento total do contrato sem satisfação das condições contratuais, com prejuízo ao Erário.

Impõe-se, primeiro, o exame do suposto ato ímprobo e, uma vez existente, buscar os responsáveis.

Burla à lei de licitações

Na inicial, relata o órgão ministerial que o Município de Brasília recebeu R\$ 300.000,00 para a construção de 41 unidades habitacionais. Efetou licitação na modalidade tomada de preços e a proposta vencedora foi no valor de R\$ 182.401,62. Posteriormente foi firmado aditivo para construção de mais 10 casas, ao preço de R\$ 44.488,20.

Logo após foi aberto novo procedimento licitatório, na modalidade convite, objetivando a aplicação dos valores remanescentes, para a construção de mais 16 casas, no valor de R\$ 71.181,12.

Afirmou o Ministério Público que essa última licitação deveria ser na

Superior Tribunal de Justiça

modalidade tomada de preço, nesse caso a utilização do convite violou o disposto no artigo 23, inciso I, alínea b, da Lei 8.666/96 e o § 5º. desse mesmo artigo que veda a utilização da modalidade mais simples, quando o somatório dos valores obrigar a outra modalidade licitatória.

A ata de abertura e julgamento do Convite 39/98 demonstra que participaram do certame as seguintes empresas: W. A. Construções Ltda., Construtora Estrela do Oriente Ltda. e Multi Serviços Comércio e Representação Ltda., fl. 45, e na Tomada de Preços 3/98, participaram além da empresa W. A. Construções Ltda., seis outras empresas, diferentes das que participaram do Convite, fl. 550, todas, porém, com preços superiores ao apresentado pela empresa W. A. Construções Ltda., que se sagrou vencedora em ambos os certames.

Entre os participantes do convite não há nenhuma das empresas que participaram da tomada de preços. No convite e na tomada de preços a unidade habitacional foi cotada a R\$ 4.448,82. Tendo em vista que as empresas que participaram da tomada de preços não foram chamadas a participar do convite, verifica-se burla à licitação.

Os agentes públicos conheciam a lei de licitações, pois após efetuarem a Tomada de Preços para construção das 41 casas, fizeram aditivo ao contrato para a construção de mais 10 casas, no percentual permitido por lei, indicando o conhecimento da administração das regras dos procedimentos licitatórios.

A Lei 8.666/93 dispõe que para obras e serviços de engenharia o convite somente pode ser utilizado para valores de até R\$ 150.00,00 (art. 23, I, a) e há vedação da utilização dessa modalidade para parcelas de uma mesma obra ou serviço que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preços ou concorrência (art. 23, § 5º.):

(...).

Com a violação da lei de licitação, houve também violação aos princípios da legalidade, pois agiu de forma contrária à lei, e da impessoalidade, pois frustrou o caráter competitivo da licitação, dado que as empresas que participaram do primeiro certame não foram convidadas a participar do segundo.

(...).

A alegação do ex-prefeito de que não era responsável pelo

Superior Tribunal de Justiça

procedimento licitatório não se sustenta, pois é comum que ele nomeie a comissão de licitação, devendo escolher pessoas com conhecimento técnico, e também foi ele quem homologou a licitação, em 29.7.1998, fl. 44, chancelando os atos praticados pela Comissão. Ademais, trata-se de município pequeno, no qual o administrador tudo acompanha.

Assim, configurado o ato de improbidade, previsto no artigo 11, inciso I, da Lei 8.429/92, pelo prefeito à época dos fatos, Aldemir Lopes da Silva. (fls. 1.077/1.080).

15. Em relação ao segundo fato apontado como ímprobo (pagamento total do contrato sem satisfação das condições contratuais, com prejuízo ao Erário), concluiu não haver prova da prática de improbidade, pois a obra foi construída e, de acordo com o Órgão Concedente, teve impacto social positivo.

16. Assim, aplicou ao recorrido uma das penalidades insertas no art. 12, III da LIA, condenando-o no pagamento de multa no importe de R\$ 5.000,00, em face da ofensa aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, decorrente do fracionamento indevido da licitação.

17. Em sede recursal, o TRF da 1a. Região deu provimento à Apelação interposta pelo ex-Prefeito, reformando a Sentença sob o argumento de *não restar comprovada sequer a ilegalidade na conduta do ex-Prefeito*, conforme se extrai dos seguintes fundamentos:

Ao contrário do esposado no pronunciamento judicial impugnado, não houve frustração do caráter competitivo da licitação, pois que o gestor municipal, sabendo dos preços dos licitantes perdedores da primeira licitação, buscou, no mercado, novas empresas que pudessem, em tese, oferecer preço mais vantajoso para a administração pública do que o da vencedora.

A conduta descrita, ao revés do asseverado, reforçou o caráter competitivo do procedimento licitatório, ao convidar a empresa vencedora do primeiro certame e outras duas novas para participar do segundo.

Também não há lesão ao princípio da administração pública da legalidade por não ter disposição legal ou qualquer outra regulamentação jurídica que determine o convite, para participar de licitação, das mesmas pessoas jurídicas empresárias que participaram de procedimento anterior

Superior Tribunal de Justiça

com objeto semelhante.

A respeito do tema, a Lei 8.666/93 dispõe que:

Art. 22 - São modalidades de licitação:

(...)

III - convite;

(...)

§ 3o. - Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Respeitada as normas regentes ao caso concreto, não se pode falar ato de improbidade.

Também não há falar em parcelamento indevido do objeto da licitação. In casu, o objeto contratado não se refere à compra ordinária, de uso corriqueiro, do qual se pode estipular uma utilização/consumo ao longo da legislatura.

O que se verifica é que se licitou para a construção de 41 (quarenta e uma) unidades habitacionais, e o preço foi menor do que o previsto, restando dinheiro sem utilização.

Com o saldo, o ex-alcaide abriu novo procedimento licitatório, com objeto semelhante, para o emprego do restante das verbas repassadas.

Assim, não há nenhuma lesão ao disposto do art. 23, §, 5o. da Lei de Licitações:

Art. 23 - As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...)

5o. - É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de

Superior Tribunal de Justiça

preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

Acrescenta-se, ainda, que não há nenhum prejuízo à Administração Pública eis que os preços praticados no segundo certame foram compatíveis com a primeira concorrência, o que demonstra lisura daqueles procedimentos licitatórios.

(...) (fls. 1.154/1.155).

18. Conforme já ressaltado, para a configuração do ato de improbidade, deve a conduta ser praticada por Agente Público (ou a ele equiparado), atuando no exercício de seu munus público, havendo, ainda, a necessidade de restar preenchidos os seguintes requisitos: (a) conduta ilícita; (b) improbidade do ato, configurada pela tipicidade do comportamento, ajustado a algum dos arts. 9º., 10 ou 11 da LIA; (c) elemento volitivo, consubstanciado no dolo de cometer a ilicitude e causar prejuízo ao Erário admitindo-se, excepcionalmente, a modalidade culposa no art. 10; (d) enriquecimento ilícito do Agente (art. 9º. da Lei 8.429/92), dano efetivo ao ente estatal (art. 10 da LIA), ou ofensa aos princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei de Improbidade).

19. O Raro Apelo, interposto pela UNIÃO, pugnou pela condenação da parte ora agravada, nos moldes do art. 11, I da Lei 8.429/92, arguindo, para tanto, que a improbidade restou caracterizada pelo simples fato de o ex-Prefeito ter, *na análise subjetiva do recorrente*, promovido nova licitação *sem aparo legal*, na modalidade *convite*; ignorou, contudo, as circunstâncias que justificaram a escolha da modalidade e os argumentos esposados pelo acórdão, como se a tipificação da conduta ímproba descrita no art. 11 da LIA dependesse *tão somente* da escolha da modalidade licitatória que, na visão do MPF, estava equivocada.

20. Destaca-se, por oportuno, que *sequer restou comprovado nos autos a ilicitude da conduta do recorrido*, pois, conforme apontado pelo TRF da 1ª.

Superior Tribunal de Justiça

Região, a nova licitação, na modalidade Convite, almejou *buscar, no mercado, novas empresas que pudessem, em tese, oferecer preço mais vantajoso para a administração pública do que o da vencedora*, o que justificou o envio da Carta-Convite para outras empresas que não participaram da primeira licitação, na modalidade Tomada de Preços; a *motivação* do ato, portanto, afasta a alegação do MPF de eventuais *dirigismos do certame licitatório*, que, ainda que estivessem presentes no caso em exame, deveriam ser provados pelo *Parquet*, não sendo suficiente sua mera cogitação pela parte agravante.

21. Ademais, conforme asseverou o Tribunal de origem, não há que se falar em ofensa aos princípios da legalidade e da impessoalidade, quando inexistente lei ou regulamento impondo que, na licitação na modalidade Convite, devesse ser enviado Carta-Convite às pessoas que participaram de procedimento anterior, com objeto semelhante.

22. Quanto à nova licitação promovida pelo ex-Prefeito, na modalidade Convite, *não se trata* de parcelamento indevido do objeto da licitação - até porque o Convênio firmado com a União visava à construção de apenas 41 moradias. Nesse aspecto, razão assistiria ao MPF caso uma parcela dessas 41 habitações fosse indevidamente licitada em um primeiro momento e, posteriormente, houvesse a abertura de novo procedimento licitatório para o restante.

23. Na demanda em exame, contudo, narra-se uma conduta do ex-Administrador voltada eminentemente ao *interesse público*, já que, além de ter construído as 41 habitações que eram objeto do Convênio firmado com a União, firmou termo aditivo para a construção de mais 10 moradias (aditivo este que, diga-se de passagem, não foi questionado pelo MPF) e, posteriormente abriu novo certamente para a construção de outras 16 moradias *com o restante da verba do Convênio, que estava sem utilização*.

24. Diante sequer da inexistência de conduta ilícita, de malversação do patrimônio público ou de desvio de finalidade do ex-Prefeito de Brasileia/AC

Superior Tribunal de Justiça

quanto ao interesse público, a atipicidade da conduta é *manifesta*.

25. Em casos semelhantes, assim tem se posicionado esta egrégia Corte Superior de Justiça:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO AUSENTE. NÃO OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO RECONHECIDOS NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE. LICITAÇÃO IMPOSSÍVEL. INDISPONIBILIDADE DE BENS E IMPOSIÇÃO DE MULTA INCABÍVEIS. RECURSOS PROVIDOS.

O Superior Tribunal de Justiça já assentou definitivamente que é imprescindível o elemento subjetivo para se configurar o ato de improbidade administrativa, associado à ocorrência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito. Os tipos descritos no art. 11 da Lei 8.429/1992 somente existem na forma dolosa; não havendo a devida comprovação desse elemento da conduta, tem-se como não realizado o tipo infracional do art. 11, I e II, da Lei n. 8.429/92, máxime se não verificado dano ao Erário.

A manutenção da indisponibilidade de bens mostra-se ilegal e descabida, quando não há lesão ao patrimônio público ou indícios de enriquecimento ilícito. Inteligência do art. 7o. da Lei 8.429/1992.

O procedimento licitatório tem o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa aos interesses da administração pública, assegurando, sempre que possível, a isonomia entre os licitantes. O certame licitatório seria de impossível realização pela peculiar hipótese dos autos de que não há (ou não havia, à época) nenhum jornal de grande circulação no Estado que fosse editado nos dias aprazados.

A ausência de dolo, de lesão ao patrimônio público, de indícios de enriquecimento ilícito e de ilegalidade da contratação afasta a condenação de multa e de proibição de contratação com o poder público.

Recursos conhecidos e providos (REsp. 1.223.496/PB, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJe 13.06.2012).

26. Ante o exposto, nega-se provimento aos Agravos Regimentais. *É como voto.*