

## Licitação - Fraude - Art. 90 da Lei 8.666/93 - Tipificação - Dolo direto - Necessidade

Ementa: Fraude ao caráter competitivo ao procedimento licitatório. Intenção de obter vantagem para si ou para outrem. Conduta dolosa não demonstrada em relação a dois dos recorridos. Manutenção da sentença condenatória lançada em desfavor do recorrente. Fraude comprovada.

- Para a tipificação da conduta infracional prevista no art. 90 da Lei 8.666/93, exige-se o intuito deliberado do agente em fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, ao intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação, não restando demonstrada, em relação a dois dos recorrentes, a participação dolosa em empreitada delitiva.

- Se para o certame licitatório concorreram empresas cujos sócios eram filhos do recorrente, em ineludível propósito de beneficiamento de construtora à qual fora adjudicado o objeto da licitação, tem-se por tipificado, em relação a este, o procedimento delitivo *sub cogitatione*.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0433.05.154255-6/001 -  
Comarca de Montes Claros - Apelantes: 1º) Ministério  
Público do Estado de Minas Gerais, 2ºs) S.C.P.B., G.S.F. -  
Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais,  
G.S.F., S.C.P.B., M.A.S., T.R.C. - Relator: DES. MATHEUS  
CHAVES JARDIM**

## Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS AVIADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E POR G.S.F. E DAR PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO POR S.C.P.B.

Belo Horizonte, 6 de junho de 2013. - *Matheus Chaves Jardim* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM - Trata-se de recurso de apelação movido pelo MP às f. 951/969, no qual se insurge, parcialmente, contra os termos da decisão de f. 920/935, extraindo-se dos autos, à ótica ministerial, elementos de prova suficientes a autorizarem a condenação de T.R.C. e de M.A.S. como incurso nas sanções do art. 90, com incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 84, § 2º, ambos da Lei 8.666/93.

Em relação a T.R.C., compusera a recorrida, na qualidade de advogada, a Comissão Permanente de Licitações do Município de Montes Claros, sendo apontada pelo denunciado Geraldo Guimarães de Carvalho como a responsável pela montagem de todo o processo licitatório, sendo-lhe atribuída a função de conferir a documentação apresentada pelas empresas envolvidas em carta-convite, como se colhe das declarações prestadas por ambos ao Ministério Público no âmbito das investigações preliminares.

Não era possível à recorrida, dessarte, desconhecer a assinatura de S.C.P.B., sócia da Construtora Novais, em documentos referentes à empresa disputante, Empresa R., não se afigurando crível, tampouco, haja ignorado o fornecimento de mesmo endereço por empresas rivais em certame licitatório, restando tipificada em relação à T.R.C. a conduta infracional descrita em denúncia, ainda que a esta haja aderido por pressão exercida por M.A.S.

Quanto a M.A.S., exercia este a chefia da divisão de compras, incumbindo-lhe a formulação de convites às empresas para tomarem parte dos certames realizados pela Prefeitura Municipal de Montes Claros (MG), colhendo-se, dos depoimentos prestados ao MP por T.R.C., G.G.C. e L.M.O., a decisiva participação do recorrido em processo licitatório impugnado, circunstância reconhecida, aliás, por este próprio Sodalício, ao fundamentar decisão de recebimento de denúncia em processo de competência originária.

Exercendo ambos os recorridos cargos em comissão, incide em seu desfavor a causa especial de aumento de pena prevista no art. 84, § 2º, da Lei 8.666/93.

Também se insurge o MP contra o dispositivo sentencial a fixar a condenação de S.C.P.B. em mínimo patamar legal, manifestando-se invidiosa sua relevante participação em empreitada delitiva, silenciando-se a sentença, inclusive, quanto à incidência da pena de multa devida pelos recorridos, cujo valor há de guardar correspon-

dência à vantagem obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

De sua vez, G.S.F. interpôs recurso de apelação de f. 1.026/1.034, insurgindo-se contra a condenação à pena de dois anos e seis meses de detenção e pagamento de doze dias-multa imposta em sentença recorrida, tendo-o como incurso nas sanções do art. 90 da Lei 8.666/93, não restando demonstrada a intenção dolosa a tipificar a conduta delitiva em apreço, tendo agido o recorrente de forma negligente.

Esclarecera o recorrente, em juízo, não haver sido procurado pelos denunciados J.A.V. e M.A.S. nem por qualquer membro da Comissão de Licitação do Município de Montes Claros (MG), ao propósito de fraudar o procedimento licitatório, circunstância corroborada pela prova oral extraída do processado, impondo-se, enfim, a edição de decreto absolutório, em reverência ao princípio *in dubio pro reo*, de irrestrita aplicação à espécie.

Também S.C.P.B. deduziu recurso de apelação às f. 1.018/1.025, opondo-se à condenação à pena de dois anos de detenção e pagamento de dez dias-multa, pela prática da infração prevista no art. 90 da Lei 8.666/93, não tendo agido a recorrente de forma dolosa ao assinar documento relativo à empresa da qual não era sócia, não incidindo na espécie o elemento subjetivo necessário à tipificação do procedimento infracional *sub studio*, impondo-se, enfim, a edição de decreto absolutório, na forma prevista no art. 386, III e VII, do CPP.

Os recursos foram regularmente contrarrazoados.

Parecer da Procuradoria de Justiça pelo improviamento dos apelos defensivos e provimento do recurso ministerial às f. 1.077/1.081.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de sua interposição.

Analisando-se, a princípio, a irresignação ministerial quanto à absolvição de T.R.C. e M.A.S., tem-se por inviável o pleito condenatório formulado em recurso, pairando dúvidas acerca da participação consciente dos recorridos em fraude ao caráter competitivo de procedimento licitatório, ao intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto licitado (art. 90 da Lei 8.666/93).

A par do menor formalismo exigido para o processamento da modalidade licitatória em apreço, destinada às contratações de pequeno valor ou ao fornecimento de materiais de pequena monta, não se extraem dos autos, de forma objetiva, provas de desvirtuamento das atribuições inerentes à comissão de licitação, sendo regularmente expedidos convites a três empresas do ramo pertinente ao objeto da licitação, afixando-se em local apropriado a cópia do instrumento convocatório. Note-se não prever a lei, para tal modalidade licitatória, o prévio cadastramento da empresa interessada.

Dessarte, invocações genéricas pertinentes ao desempenho de atividade advocatícia por T.R.C. e ao exercício da função de chefia da divisão de compras por

M.A.S. não comprovam, por si sós, seu prévio conhecimento acerca das relações de parentesco estabelecidas entre os sócios das empresas concorrentes, havendo assim se manifestado os recorridos por oportunidade de seus respectivos interrogatórios:

[...] não observou nesse processo licitatório que a carta-proposta da empresa Empresa R. estava assinada pela sócia da empresa Empresa N., ambas participantes da licitação; não chamou a atenção da interroganda o fato dos irmãos An. e Ax. serem sócios de empresas distintas participantes do processo licitatório (f. 595.v.);

[...] não procurou a funcionária T. para que ela o ajudasse a ganhar o certame da empresa Empresa N.; não sabia que G.S.F. era dono das empresas Empresa R., Empresa N. e Empresa S.V.; não conhecia os acusados An., Ax. e S.; conhece os acusados L. e G.; não procurou os acusados L. e G. para que estes ajudassem a Empresa N. a ganhar a licitação de compra de cascalho para reparo das estradas rurais municipais (f. 597).

Não obstante hajam noticiado os denunciados L.M. e G.G. o absoluto controle exercido pelos recorridos quanto à regularidade da documentação apresentada, não se manifesta desarrazoadas a assertiva contida em sentença, pela qual não lhes era possível constatar a relação de parentesco estabelecida entre os sócios das empresas disputantes, tampouco a apresentação de preços semelhantes por estas, dada a celeridade do processo licitatório e a pouca especialização de funcionários. Atente-se à advertência de Carlos Pinto Coelho Motta:

Importante registro: os crimes previstos na Lei 8.666/93 não admitem modalidade culposa. Por via de consequência, a ação e a omissão devem ser explícitas, exteriorizadas, para a devida configuração do ato delituoso. Há que se considerar, por meio de um comportamento observável, a vontade deliberar de agredir o texto legal (*Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 325).

Ao postular a majoração da pena imposta em sentença a S.C.P.B., ressaltou o MP sua intensa participação em conduta infracional, tendo assinado recibo de retirada de convite, proposta comercial e ata de abertura de propostas na condição de representante da Empresa R., da qual não era sócia, além de outorgar procuração a corréu para representar a empresa Empresa N. em procedimento licitatório.

Ora, atestara a sentença a maior censurabilidade do procedimento perpetrado por G.S.F., contra quem incidira a agravante prevista no art. 62, I, do CP, imputando-se-lhe a direção da atividade dos demais agentes, sendo reconhecida à recorrida, por outro lado, a favorabilidade da maioria das circunstâncias judiciais a permearem a ação delitiva. Ademais disso, se não se insurgira o MP contra o critério adotado para a fixação da reprimenda atribuída a G.S.F., a quem fora fixada a pena-base em mínimo patamar legal, a elevação da pena imposta a S.C.P.B. importaria em infringência ao princípio da proporcionalidade.

Ainda em apelação, pugnou o MP pela imposição aos condenados da pena de multa prevista no art. 99, § 1º, da Lei 8.666/93, em percentuais não inferiores a 2% nem superiores a 3% do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade da licitação. Ocorre que, além de não haver sido fixado em sentença o valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelos agentes, fora assinalado em denúncia o prejuízo ao erário da ordem de R\$ 25.020,00 (vinte e cinco mil e vinte reais), correspondente à parcela do pagamento não restituída, afigurando-se abusiva, assim, a incidência dos percentuais em referência sobre o valor integral da contratação.

Assim, não tem lugar a incidência da cominação em referência, restando franqueada ao Município, evidentemente, a recomposição das despesas mediante peregrinação das vias ordinárias.

Quanto ao recurso aviado por G.S.F., contrariamente ao afirmado em apelação, exsurtem dos autos provas concretas a indicar sua participação dolosa em procedimento fraudatório, exercendo este, de fato, a administração das Empresas R. e N., tendo a primeira como sócios seus filhos Ax. e An., figurando como sócia da segunda empresa S.C.P.B., com quem mantinha o recorrente relação amorosa.

Os instrumentos de procuração de f. 145 e 146, a conferirem ao recorrente poderes ilimitados de representação das empresas em certame licitatório, constituem provas cabais do domínio exercido por este sobre as atividades comerciais das construtoras participantes, sendo constatada, aliás, estarem sediadas em mesmo endereço a Empresa R. e a Empresa S.V., qual seja Av. ... Promovida a vistoria da área correspondente ao endereço apresentado, fora apurado o que se segue:

Constatai que o local indicado pelos representantes das citadas empresas trata-se de uma vasta área, sem demarcação de loteamento, com presença de vestígio de construção (pedras e pequeno alicerce de aproximadamente 2 m²) em meio ao mato. Em contato com vizinhos, fui informada que o local vistoriado está, há pelo menos dois anos, na mesma situação descrita acima (f. 182).

Como se verifica no documento de f. 298, o recorrente atuara como representante legal da Empresa S.V. em certame licitatório, constituindo-se emissário da proposta de R\$ 82.150,00, formulada por aquela empresa, mesmo valor orçado pela Empresa R. para tomar parte em processo licitatório. Inquirido em juízo, assim se manifestara V.F.S.F., ex-sócio da Empresa S.V.:

[...] não participou dos fatos narrados na denúncia, sendo que uma vez mandou um orçamento para participar de uma concorrência para o cascalhamento na zona rural; não se recorda qual foi o valor do orçamento enviado à Prefeitura de Montes Claros; [...] foi uma única vez que participou de processo licitatório e nem à Prefeitura compareceu (f. 658).

A contundência de tais elementos de convicção demonstra, claramente, haver agido o recorrente ao

propósito de frustrar o caráter competitivo da licitação, de forma a beneficiar a Empresa N., levando à disputa empresas cujos sócios são seus próprios filhos, incidindo na espécie o elemento subjetivo necessário à tipificação do delito em apreço, qual seja o dolo direto.

Por fim, quanto ao recurso aviado por S.C.P.B., há de se dar provimento ao apelo para se decretar a extinção da pretensão punitiva, mediando, entre a data de recebimento da denúncia (1º.02.2005) e a data de publicação da sentença condenatória (28.09.2010), um lapso temporal superior a quatro anos (art. 109, V, do CP).

Por tais fundamentos, nego provimento aos recursos aviados pelo MP e por G.S.F. e dou provimento ao recurso interposto por S.C.P.B.

Custas, *ex lege*.

DES. CATTÁ PRETA - De acordo com o Relator.

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - De acordo com o Relator.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS AVIADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E POR G.S.F. E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO POR S.C.P.B.