

**FRAUDE À LICITAÇÃO - ART. 90 DA LEI 8.666/93 - DOLO ESPECÍFICO -  
AUSÊNCIA - ABSOLVIÇÃO**

**- Ausente a conduta específica de frustrar ou fraudar a competição mediante ajuste ou qualquer outro expediente, bem como inexistente vantagem pela adjudicação do objeto da licitação, não se configura a hipótese do art. 90 da Lei 8.666/93, restando a absolvição dos acusados.**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0476.04.911273-5/001 - Comarca de Passa-Quatro - Relator: Des.  
SÉRGIO BRAGA

## Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 08 de março de 2005. -  
*Sérgio Braga* - Relator.

## Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelos apelantes, o Dr. Antônio Fernandes Dutra.

O Sr. Des. *Sérgio Braga* - Trata-se de apelação criminal (fl. 237-TJ, razões às fls. 246/257-TJ) interposta contra a r. sentença (fls. 223/228-TJ) proferida pelo MM. Juiz de Direito da única Vara da Comarca de Passa-Quatro, nos autos da ação penal movida pelo Ministério Público contra os apelantes, por infração ao disposto no art. 90 da Lei nº 8.666/93 (fraude à licitação).

Consta da denúncia (fls. 02/03-TJ) que

(...) O Município de Passa-Quatro realizou a licitação nº 28/00, sob a modalidade de convite, visando a aquisição de leite para a distribuição às crianças subnutridas da comunidade (29.8.2000). O edital convocatório estabeleceu como critério de julgamento das propostas o do menor preço e técnica no regime de execução total do objeto do certame. O 1º, 2º, 3º, 4º e 5º denunciados, membros da comissão de licitação, remeteram cartas-convite ao Supermercado Caracol e aos 6º, 7º, 8º e 9º denunciados. Para a participação na concorrência era obrigatória a apresentação de certidão negativa de débitos junto à Fazenda Estadual, cartão de produtor rural, CPF e RG. O 7º denunciado deixou de apresentar o documento CPF, mas, mesmo assim foi habilitado, tendo o 1º, 2º, 3º, 4º e 5º denunciados violado deliberadamente o disposto no item 8.1 do edital convocatório, *in verbis*: 'Constitui fato impeditivo de participação na presente Licitação a não-apresentação dos documentos solicitados no item 7.1'. Abertos os envelopes das propostas, constatou-se que todos os licitantes (6º, 7º, 8º e 9º denunciados)

apresentaram preços idênticos, acima dos valores de mercado, para entrega em diferentes locais da cidade, de forma que a proposta de um em nenhum momento interferiu na proposta do outro. O 1º, 2º, 3º, 4º e 5º denunciados, violando novamente a lei interna da licitação, desprezaram as normas cogentes do edital e cindiram o objeto do certame, entregando a todos os licitantes parcela da licitação. Desta forma, existem indícios suficientes de que os denunciados, consciente e voluntariamente, fraudaram o caráter competitivo do procedimento licitatório, tendo os denunciados licitantes, inclusive, combinado previamente os preços a serem apresentados e os locais a serem distribuídos, saindo todos estes beneficiados. (...) (fls. 02/03-TJ).

Na ocasião do recebimento (fl. 92-TJ) da peça acusatória (fls. 02/03-TJ), acompanhada dos autos do inquérito (fls. 04/91-TJ), o MM. Juiz de primeiro grau passou à fase instrutória, que culminou com a r. sentença condenatória dos acusados Arão Mendes de Andrade Filho, Braz Rodrigues Coura, Guilherme Fonseca de Luca e João Carneiro Ribeiro Filho, e a absolvição dos réus Silvana Fernandes de Oliveira Ribeiro, Gustavo José Pereira, Edson Rodrigues, Myrian da Silva e Júlio Ricardo de Faria Fiess. Portanto, fixou para cada um dos acusados condenados a pena de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos; a primeira consistente na prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, ou seja, 730 horas, a serem cumpridas junto à Prefeitura Municipal; e a segunda consistente no pagamento de multa no valor correspondente a 30% do valor obtido na licitação, devendo este ser destinado à reforma da cadeia pública local.

Recorrem daí os apelantes (fl. 237-TJ, razões às fls. 246/257-TJ), argüindo que não ficou provado nos autos que agiram com dolo específico ou culpa, e, ainda, que não ficou comprovado o dano ao erário nem a pretensa ação fraudulenta, pelo que pleitearam a absolvição.

Contra-razões ministeriais (fls. 260/264-TJ) pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso.

Em seu r. parecer (fls. 266/269-TJ), manifesta-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento do recurso e seu improviamento, mantendo a r. decisão hostilizada.

O recurso, inicialmente encaminhado ao eg. Tribunal de Alçada, para este colendo Tribunal de Justiça foi remetido por decisão da i. 2ª Câmara Mista (fls. 277/281-TJ), que declinou da competência.

Autos novamente remetidos à d. PGJ (fl. 286-v.-TJ), que ratificou o r. parecer lançado às fls. 266/269-TJ.

Reunidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Compulsando os autos, verifico que assiste razão aos acusados.

Pedindo vênias aos entendimentos em contrário, creio que não houve a ocorrência do delito capitulado no art. 90 da Lei nº 8.666/93, muito embora a grande coincidência entre as propostas possa permitir ilações desfavoráveis aos apelantes. Contudo, tais conjecturas não chegaram a ganhar, nos autos, qualquer prova que permitisse que as mesmas fossem tomadas como certeza absoluta de uma pactuação ilícita.

Dispõe o artigo que lastreia a fundamentação condenatória questionada:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A doutrina é muito clara em estabelecer e conceituar os elementos caracterizadores do delito descrito no art. 90 da Lei de Licitações. E ela nos mostra que é indispensável um começo de prova seguro para que se desenhe a motivação subjetiva que permite uma condenação criminal. Vejamos alguns estudiosos:

(...) Objetividade jurídica: a moralidade administrativa concerne à regularidade do procedimento licitatório. (...) Tipo objetivo: A conduta do concorrente é descrita por dois verbos: frustrar ou fraudar. Frustrar é tornar ineficiente, e fraudar é enganar; portanto o elemento objetivo do tipo consiste em frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório. O tipo penal é misto alternativo. As expressões: ajuste e combinação, ensejam o entendimento de que são necessários pelo menos dois agentes, ambos concorrentes ou, um deles, funcionário responsável pela licitação. (...) Tipo subjetivo: é o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente. Exige ainda o tipo penal o elemento subjetivo especial do tipo, que é o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Consumação: o delito se consuma com a efetiva frustração ou fraude do caráter competitivo do procedimento licitatório. Não é necessário que haja frustração ou fraude de eficácia total da licitação. É suficiente que alguns aspectos do certame sejam atingidos. (...) - grifos nossos (*Leis Penais Especiais Anotadas* - JOSÉ GERALDO DA SILVA - Ed. Millennium, 5ª ed., 2004, p. 450/451).

(...) As condutas definidas pela lei como crimes se resumem na prática dos atos em desacordo com a legislação ou, então, na daqueles que visam frustrar os objetivos da licitação. (...) frustrar ou fraudar a competição mediante ajuste ou qualquer outro expediente, visando a obtenção de vantagem, para si ou para outrem. (...) (*Curso Prático de Direito Administrativo* - Coordenador Carlos Pinto Coelho Motta - Autora do capítulo: CLÁUDIA FERNANDES MANTOVANI, Ed. Del Rey, 2ª ed., 2004, p. 419).

(...) As diretrizes de criminalização de condutas, na Lei de Licitações, visam tutelar a Administração, tipificando circunstâncias em que concorrentes ou servidores tentem obter vantagens ilícitamente, lesando o patrimônio público. (...) (*Eficácia nas Licitações e Contratos* - CARLOS PINTO COELHO MOTTA, Ed. Del Rey, 9ª ed., 2002, p. 535).

(...) Objetivo jurídico, como nas demais figuras, é a moralidade e probidade administrativa,

a correta gestão das finanças públicas, mediante atuação escorregada da autoridade e dos agentes da Administração, aos quais foram cometidas tarefas importantes e se impôs atuação regrada e, ainda e principalmente, a manutenção do caráter competitivo e igualitário do procedimento licitatório. Objeto material é o processo de licitação em si e sua realização escorregada e *secundum ius*. A ação física está expressa pelos verbos 'frustrar' e 'fraudar'. 'Frustrar' significa iludir, decepcionar a expectativa de alguém ou iludir. Fraudar é o engodo, a má-fé, engodo, perfídia, o falso. De Plácido e Silva mostra que entende-se a fraude geralmente como o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovidos de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever (*Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, v. II, p. 324). Duas as condutas previstas, com as quais o delito pode ser praticado. Aliás, o próprio preceito resta por definir, embora exemplificativamente, o que seja 'frustrar' ou 'fraudar' ao complementar: 'mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente'. Ajuste é o conceito prévio entre duas ou mais pessoas e combinação é o acordo ou o trato feito também previamente. Não há diferença ontológica entre 'ajuste' e 'combinação' que, segundo parece, expressam a mesma coisa. O legislador, aqui, foi redundante ou agiu com excesso de zelo. Dando conforto a nosso entendimento, Paulo José da Costa Júnior observa que 'as expressões não deixam de ser sinônimas' e que 'ambas pressupõem ao menos dois agentes' (ob. cit., p. 21). Mas, seja como for, o fim colimado será sempre o de impedir ou descaracterizar o caráter competitivo do procedimento mediante concerto prévio dos licitantes, o que vem se tornando muito comum atualmente. Esse conluio tanto pode se restringir ao acertamento dos litigantes, que combinam previamente quem deva ser o vencedor, de modo que os demais apresentem propostas inferiores (em preço ou técnica) àquele ungido para ser o ganhador ou contar com o concurso da própria autoridade encarregada do certame e sua lisura. Mas neste caso a autoridade estará praticando outro delito, diverso deste previsto no art. 90. Segundo parece, o crime do agente público será aquele do art. 91 da Lei de Licitações. Portanto, são condutas impropriamente comissivas, pois o delito pode perfeccionar-se com uma omissão do agente, sonegando informação que poderia dilucidar o conluio. Para a realização do tipo

penal impõe-se um resultado. Da ação ou omissão deve decorrer a eliminação do caráter competitivo do certame, beneficiando um dos autores da ação delituosa e contaminando o ato com a eiva da nulidade insanável. O crime é, pois, de dano e de resultado, na medida em que a cortina de fumaça lançada pelos supostos competidores para fraudar o certame causa sério dano ao Poder Público. (...) O delito em estudo não foi previsto na modalidade culposa, não havendo possibilidade de punição sem a identificação da vontade consciente e livre de praticar a ação prevista *in abstracto* na norma incriminadora. (...) - grifos nossos (*Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, Rui Stoco, Ed. RT, 7ª ed., 2002, v. 2, p. 2.563/2.564).

Daí que, aplicando-se tais orientações e conceitos no exame dos autos, observa-se bastante temerária a condenação dos acusados simplesmente por conclusões sobre o resultado do processo licitatório (fls. 07/77-TJ). Está visível que, por mais que possamos estranhar a coincidência dos valores finais, não há prova alguma de que o preço dos apelantes seria absurdo ou que acarretaria qualquer prejuízo para o bem público.

Ressalte-se que nenhuma prova produzida, quais sejam, documental e testemunhal, foi capaz de apontar qualquer elemento, ou mesmo indício, do cometimento do delito.

E, salvo melhor juízo, até pelo contrário, as provas colhidas trazem elementos suficientes para a absolvição dos apelantes, senão vejamos.

(...) que não participou da licitação, objeto dos autos; que, em agosto de 2000, época da licitação, o depoente vendia o leite a R\$0,60; que o preço de R\$0,60 era cobrado por um leite de qualidade boa; que os clientes do depoente eram pessoas residentes no próprio bairro; que conhece os fornecedores de leite constantes de fls. 90, nunca tendo ouvido dizer que tenham fornecido leite de baixa qualidade. (...) que entre as cidades próximas pode até existir diferença quanto ao preço de leite, mas essa diferença gira em torno de cinco a dez centavos; que a média é geralmente observada e comercializada. (...) - grifos nossos (testemunha José Ribeiro Neto - fl. 184).

(...) que, em meados de 2000, o depoente comprava leite do Sr. Braz, residente no Distrito de Pinheirinhos, sendo que o adquiria pelo valor médio de R\$0,60. (...) - grifos nossos (testemunha Walter Johon Barbato Levar - fl. 185).

(...) que, em meados de 2000, a depoente adquiria leite no Laticínio Frios Andrade, pelo preço de R\$0,60, que era o comum de comercialização à época. (...) - grifos nossos (testemunha Regina Lúcia Mota Souza - fl. 186).

(...) que, em meados de 2000, a depoente adquiria leite na porta de casa, de diversas pessoas, pelo preço de R\$0,60, que era o comum de comercialização à época. (...) - grifos nossos (testemunha Maria Clara Courbassier Souza - fl. 187).

Tais depoimentos informam que o valor cobrado à época para o leite entregue nas residências era de R\$ 0,60 (sessenta centavos), ou seja, exatamente o valor dado no certame.

E ainda:

(...) que o preço do leite em meu estabelecimento no ano de 2000 era de R\$0,50 (cinquenta centavos) o litro. Informo, ainda, que o referido produto é comercializado na forma varejista, mediante pagamento à vista ou a prazo, por trinta dias, no ponto comercial denominado 'Leiteria Taboão', localizado na Praça da Estação nesta cidade. (...) - grifos nossos (declaração do gerente da Leiteria Taboão - fl. 137-TJ).

(...) que a Padaria São Judas Tadeu nunca entregou na casa de seus clientes. O leite vendido na padaria, no ano de 2000, tinha o preço de R\$0,50 e, normalmente, era vendido à vista, e só os clientes de caderneta é que acertavam com prazo de trinta dias, pelos mesmos R\$0,50. (...) - grifos nossos (declaração do gerente da padaria - fl. 169-TJ).

Depreende-se, daí, que o preço de R\$ 0,50 (cinquenta centavos) era praticado na venda do leite no próprio estabelecimento.

Pode-se concluir, pois, que tal diferença de preço (R\$ 0,10 - dez centavos) se encontra fundamentada no gasto dos acusados com o

transporte do leite das fazendas até os destinos finais (casas das crianças subnutridas).

E, pelo objeto da licitação, valores, destinação e tempo de fornecimento do produto, admitida a dispensa do certame (Lei 8.666/93, art. 24), muito provavelmente outro não teria sido o valor pago que não o de R\$ 0,60 (sessenta centavos), inexistindo dano à Administração Pública.

Acrescente-se, ainda, que nenhum dos acusados, na fase extrajudicial, admitiu a conduta delitativa - ajuste, combinação ou qualquer outro expediente sobre o preço do leite (fls. 78/83-TJ) -, pelo que informaram que o valor oferecido no certame era o praticado à época para o produto entregue nas residências, além do fato de que os bairros indicados eram os mais próximos e que tinham condições de atender pela distância e quantidade do fornecimento respectivo.

Já na fase judicial, a maioria dos réus (fls. 105/112-TJ) preferiu usar o direito de silêncio - não sendo demais lembrar que ninguém está obrigado a fazer prova contra si e nenhum acusado é obrigado a declarar aquilo que não deseja, pois o direito ao silêncio é uma das garantias constitucionais conquistadas ou nascidas do próprio conceito de humanidade.

Por fim, os demais depoimentos testemunhais e documentos colacionados aos autos também não trazem qualquer indício do cometimento do delito apontado, ou, ainda, que a Administração Pública tenha sofrido qualquer prejuízo com a compra do leite por tal valor no certame.

Portanto, não comprovado o ajuste ou qualquer outro expediente ilícito por parte dos acusados no certame, bem como inexistindo vantagem pela adjudicação do objeto da licitação - uma vez que o preço pago era o praticado à época, não resultando, daí, qualquer dano à Administração Pública -, descabida apresenta-se a condenação dos apelantes, razão por que só resta a absolvição dos mesmos.

Isso posto, com tais considerações, dá-se provimento ao recurso dos apelantes, para

reformular a r. sentença e absolver os réus das imputações que lhes foram feitas neste feito.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Armando Freire - Acompanhei com atenção a sustentação oral do ilustre advogado e, atento a que o crime que estamos julgando não prescinde da demonstração cabal de uma atuação dolosa dos agentes, e a que, na espécie, não se fez prova bastante de que os apelantes tivessem atuado com dolo, como está delineado no voto do eminente Relator, também estou dando provimento, para, com a vênua devida, absolver os réus ora recorrentes da imputação que lhes é feita. Por sinal, quero parecer que, em julgamento com grande identificação com este, da 2ª Câmara Criminal deste Tribunal, feito oriundo da mesma Comarca de Passa-Quatro, a decisão a que se chegou foi, também, no mesmo sentido, ou seja, de absolvição dos réus.

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Sr. Presidente. Também acompanho o Relator e absolvo o acusa-

do, não só por falta de dolo específico, como por falta de prejuízo ao erário. E deve-se acrescentar, em se tratando de Prefeitura Municipal, que, ainda que, no caso concreto, o leite custasse R\$0,50, seria por demais arriscado vender tal leite para a Prefeitura por R\$0,60, porque, como se sabe, as prefeituras, raramente, honram os compromissos que fazem, especialmente no fim de mandato.

A maioria das prefeituras está nesse mesmo ciclo, nesse mesmo patamar, sem conseguirem crédito sequer para comprar óleo diesel e gasolina, pois, simplesmente, os prefeitos não pagam.

Como a lei é altamente benéfica com o Poder Público, e ele é o pior pagador, deve-se sempre colocar um *plus* nas licitações que se fazem com prefeituras, porque o risco é maior do que quando se vende a particular.

Acompanho o Relator.

*Súmula* - À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO.

-:-:-