



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. \_\_\_\_

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

Gabinete do Desembargador Federal Élio Siqueira Filho

**APELAÇÃO CRIMINAL (ACR) Nº 12498/RN (0000683-83.2011.4.05.8404)**  
**APTE : MARCOS ANTÔNIO RODRIGUES AGUIAR**  
**ADV/PROC : NILO FERREIRA PINTO JÚNIOR E OUTRO**  
**APDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**ORIGEM : 12ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE**  
**(SUBSEÇÃO DE PAU DOS FERROS) - RN**  
**RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO - 1ª**  
**TURMA**

## VOTO

**O Senhor DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO:**

Inicialmente, considerando-se que a sentença ora questionada resolveu 2 (duas) ações penais (0000525-71.2010.4.05.8401 e 0000683-83.2011.4.05.8404), determino o julgamento conjunto dos recursos de apelação (ACR 12519/RN e ACR12498/RN), em homenagem aos princípios da isonomia e da celeridade e economia processual.

Consoante relatado, imputa-se aos réus o cometimento do crime previsto no art. 90, da Lei de Licitações<sup>1</sup>.

Narra a denúncia que, em 2005, o então prefeito do Município de Frutuoso Gomes/RN, Fagner Suassuna Carlos, auxiliado pelos membros da comissão de licitação Antônio Flávio Paiva Oliveira, Francisco Xavier Dantas Limeira e Vera Lúcia Mafaldo Oliveira e pelos empresários José do Nicodemo Ferreira, Márcia Araújo Rodrigues, Josemar Wellington Bezerra, Marcos Antonio Rodrigues Aguiar e Francisco Artur Eugênio Ciríaco, na execução do Contrato de Repasse nº 172136-48/2004, firmado com o Ministério das Cidades, frustrou o caráter competitivo do procedimento licitatório Carta-Convite nº 005/2005, simulando sua realização através da confecção extemporânea de documentos, com o objetivo de contratar diretamente a empresa Construtora Primos Ltda.

Preliminarmente, há de ser rechaçada a tese de inépcia da denúncia.

Decerto, a peça inicial preenche os requisitos do art. 41, do CPP, expondo os fatos de maneira circunstanciada, com suficiente individualização das condutas atribuídas aos acusados, de modo a viabilizar o exercício da ampla defesa.

<sup>1</sup> 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.



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. \_\_\_\_

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

*Gabinete do Desembargador Federal Élio Siqueira Filho*

---

Ademais, conforme iterativa jurisprudência, nos casos de crimes de autoria coletiva, a aptidão da denúncia independe da descrição minuciosa da conduta de cada acusado, bastando o esclarecimento da sua vinculação com a investida criminosa. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES. DECRETO-LEI N. 201/67. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE LIAME SUBJETIVO ENTRE A CONDUTA E O RESULTADO LESIVO. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA NÃO CARACTERIZADA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. SIGNIFICATIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. FUNDAMENTO IDÔNEO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça firmou-se o entendimento no sentido de que a discussão acerca da inépcia da exordial acusatória perde força diante da sentença condenatória, na qual houve exaustivo juízo de mérito acerca dos fatos delituosos denunciados. 2. **Nos crimes de autoria coletiva, embora a denúncia não possa ser de todo genérica, é válida quando demonstra o liame entre o agir dos acusados e a prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, como ocorre na hipótese. Precedentes do STJ.** 3. Da análise da sentença condenatória infere-se que a motivação exarada pelo magistrado singular é clara em concluir que os diversos atos eivados de irregularidades praticados pela Comissão de Licitação e pelo Prefeito Municipal visaram o direcionamento do objeto do certame à sociedade empresária que venceu a licitação, verificando-se, ao final, a prática de superfaturamento da obra no montante de R\$ 605.438,48 (seiscentos e cinco mil, quatrocentos e trinta e oito reais e quarenta e oito centavos), circunstância que afasta a alegada responsabilização penal objetiva. 4. A pretensão de infirmar os fundamentos do édito repressivo encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a necessidade de revolvimento do conjunto probatório. 5. O significativo prejuízo causado ao erário com a conduta delituosa é fundamento idôneo para a valoração negativa das consequências do crime, autorizando a exasperação da pena-base. Precedentes. 6. Agravo regimental desprovido. (STJ, Quinta Turma, AGRESP 201300595672, Ministro Jorge Mussi, DJE DATA:02/12/2015)



No mérito, entendo que a autoria e a materialidade do crime restam amplamente comprovadas, notadamente diante do Relatório de Fiscalização da Controladoria-Geral da União e das contradições e incoerências decorrentes do próprio interrogatório dos investigados.

Ora, dos depoimentos prestados em sede judicial, preponderam inúmeras incongruências sobre os meios utilizados para convocação dos empresários, bem ainda o inegável desconhecimento dos membros da comissão a respeito da dinâmica do procedimento licitatório.

Registre-se, aliás, que nenhum dos réus conseguiu esclarecer como todos os sete participantes do certame compareceram, no mesmo dia, à sede da edilidade para receber o convite licitatório, tampouco como as certidões de regularidade fiscal foram emitidas não apenas no mesmo dia, mas também em horário contíguo (entre às 17h50min e 19h50min).

Mister, ademais, apontar que a fiscalização da CGU constatou que algumas empresas participantes sequer funcionavam nos endereços informados, possuindo existência meramente formal (empresa-fantasma), de modo a corroborar o contexto de simulação do certame.

Merece destaque, outrossim, o fato de as mesmas irregularidades terem sido detectadas pelos agentes de fiscalização em outros procedimentos realizados na referida gestão, a reforçar a total falta de razoabilidade da “coincidência” defendida pelos acusados.

O crime do art. 90, da Lei nº 8.666/93, é formal e, por conseguinte, independe de resultado naturalístico para a sua consumação. Logo, mostra-se prescindível a efetiva obtenção da vantagem decorrente da adjudicação ou de dano ao erário.

Senão vejamos:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO MEDIANTE PRÉVIO AJUSTE (LEI N. 8.666/1993, ART. 90). INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. INEXISTÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO EVIDENCIADA. LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO PARA ADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Cumpre esclarecer que a jurisprudência dos tribunais superiores admite o trancamento do inquérito policial ou de ação penal,



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. \_\_\_\_

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

*Gabinete do Desembargador Federal Élio Siqueira Filho*

---

excepcionalmente, nas hipóteses em que se constata, sem o revolvimento de matéria fático-probatória, a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não se observa neste caso.

Precedentes.

2. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, a fim de viabilizar a persecução penal e o contraditório pelo réu. Precedentes.

3. In concreto, a inicial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve detalhadamente os elementos essenciais das condutas do réu de fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório. Nos termos da denúncia, como um dos membros da comissão de julgamento, o recorrente chancelou sem ressalvas os procedimentos licitatórios em tela, visando à ratificação de obras iniciadas antes dos citados procedimentos, para viabilizar pagamentos ao contratado. Dessarte, a dinâmica dos fatos não permite concluir, de forma peremptória, pela inépcia da denúncia, uma vez que os fatos ali narrados encontram-se devidamente explicitados e fundamentados, possibilitando a ampla defesa do denunciado.

4. O crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente finalidade específica (elemento subjetivo do tipo) de obter vantagem decorrente do objeto de adjudicação, para si ou para outrem. Despicienda, pois, a efetiva obtenção da vantagem com a adjudicação do objeto licitado para futura e eventual contratação.

5. O julgamento da comissão licitatória é colegiado, por conseguinte, os atos por ela praticado devem ser imputados a todos seus membros, salvo se o integrante vencido consignar sua posição divergente de maneira fundamentada e registrada na reunião em que houver sido tomada a decisão, consoante norma extraída do art. 51, § 3º, da Lei n. 8.666/1993.

6. Verifica-se que o recorrente era um dos membros da comissão de licitação, que deu prosseguimento aos atos dos dois certames impugnados, cujo objeto consistia em obras de recuperação de vias rodoviárias, ilegalmente iniciadas anteriormente à licitação. Não há



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. \_\_\_\_

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

*Gabinete do Desembargador Federal Élio Siqueira Filho*

---

qualquer ressalva pessoal em ata por conta de qualquer dos membros da comissão, para que, de plano, pudesse ser excluída a conduta ilícita, por evidente ausência de dolo. Pelo contrário, a ilicitude era de notório conhecimento pela comissão, pelo simples motivo das obras da "operação tapa buracos" terem sido ostensivamente iniciadas, em afronta chapada às regras licitatórias.

7. Outrossim, fora a excentricidade da realização de um procedimento licitatório com estranha natureza "homologatória", coincidentemente, a comissão declarou como vencedora a sociedade Araújo Miranda Construções Assessoria e Publicidade Ltda., cuja propriedade era de Ângelo Coutinho, o qual era procurador da empresa ECC Empresa de Construção Civil BR Ltda., vencedora do primeiro certame mencionado na narrativa do primeiro fato delituoso.

8. Diante de todas as peculiaridades e ilegalidades cometidas na elaboração do edital, não se pode vislumbrar conclusão diversa senão a existência, ao menos, de indícios de ajuste prévio para favorecimento do paciente no certame licitatório. Ressalte-se que os indícios de autoria imputados ao paciente não implicam sua condenação antecipada, o que indicaria inarredável ilegalidade.

Muito pelo contrário, o órgão ministerial, diante da materialidade do crime e dos indícios de autoria, ao promover a denúncia, mostrou-se cumpridor do desiderato da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada.

9. Recurso desprovido. (RHC 52.731/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 09/11/2015)

RECURSO ESPECIAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. PARADIGMA PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OCORRÊNCIA. CRIME FORMAL. CONSUMAÇÃO. QUEBRA DO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. PREJUÍZO ECONÔMICO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE.

1. Com ressalva pessoal, prevalece nesta Corte o entendimento de que é inviável a demonstração do dissídio jurisprudencial quando o aresto paradigma for proferido em habeas corpus, mandado de segurança e recurso ordinário, ainda que se trate de dissídio notório.

2. O objeto jurídico que se objetiva tutelar com o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é a lisura das licitações e dos contratos com a Administração, notadamente a conduta ética e o respeito que devem



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. \_\_\_\_

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

Gabinete do Desembargador Federal *Élio Siqueira Filho*

---

pautar o administrador em relação às pessoas que pretendem contratar com a Administração, participando de procedimento licitatório livre de vícios que prejudiquem a igualdade, aqui entendida sob o viés da moralidade e da isonomia administrativas.

3. Diversamente do que ocorre com o delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, trata-se de crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitiva se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório.

4. Constitui o elemento subjetivo especial do tipo o intuito de obter, pelo agente, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação cuja competitividade foi fraudada ou frustrada. Não se pode confundir, portanto, o elemento subjetivo ínsito ao tipo - e que diz respeito à vantagem obtida pelo agente que contratou por meio de procedimento licitatório cuja competitividade foi maculada - com eventual prejuízo que esse contrato venha a causar ao poder público, que, aliás, poderá ou não ocorrer.

5. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (REsp 1498982/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016)

A participação dos agentes na investida criminosa emerge da própria narrativa dos fatos investigados. Decerto, a fraude no procedimento licitatório envolveu todas as etapas da seleção, inclusive a emissão dos documentos de habilitação dos licitantes, de modo a tornar incontestável o conluio dos acusados.

Finalmente, como dito alhures, demonstrada a vontade livre e consciente de obter vantagem decorrente da adjudicação direta do objeto licitado, mostra-se caracterizado o delito em esboço.

De rigor, pois, a manutenção da condenação dos réus.

A respeito da dosimetria da sanção corpórea, corrijo, de ofício, a pena imputada, eis que o preceito secundário da norma penal prevê a detenção como medida de restrição à liberdade, na hipótese de cometimento do crime tipificado no art. 90, da Lei de Licitações.

Retificado o erro material constante da sentença condenatória, passo ao exame do *quantum* da pena fixada.



No caso, tenho por excessiva a sanção corpórea imposta. É que a exasperação da pena-base pela valoração negativa dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime levou em consideração a frustração do caráter competitivo da licitação e a obtenção de vantagem indevida. Todavia, tais aspectos consubstanciam elementares do próprio tipo penal e, portanto, não podem conferir maior reprovabilidade, sob pena de *bis in idem*.

Mantendo os demais aspectos da dosimetria, por se tratar de recurso exclusivamente defensivo, forçoso fixar a pena-base ao patamar mínimo previsto no preceito secundário da norma, a saber, 2 (dois) anos, tornada concreta em face da inexistência de agravantes/atenuantes ou causas de aumento/diminuição da pena.

A fim de conservar a proporcionalidade, a pena de multa deverá ser redimensionada ao patamar de 10 (dez) dias-multa, mantendo, todavia, o valor final de 2% (dois por cento) sobre o montante da contratação, em atenção aos parâmetros do art. 99, da Lei nº 8.666/93<sup>2</sup>.

Permanecem hígidas as determinações da sentença acerca da substituição da pena privativa de liberdade.

Firme no exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação.

É como voto.

Recife, 23 de fevereiro de 2017.

**Desembargador Federal ÉLIO SIQUEIRA FILHO**

RELATOR

<sup>2</sup> Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.



PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. \_\_\_\_

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

Gabinete do Desembargador Federal *Élio Siqueira Filho*

**APELAÇÃO CRIMINAL (ACR) Nº 12498/RN (0000683-83.2011.4.05.8404)**  
**APTE : MARCOS ANTÔNIO RODRIGUES AGUIAR**  
**ADV/PROC : NILO FERREIRA PINTO JÚNIOR E OUTRO**  
**APDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**ORIGEM : 12ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE**  
**(SUBSEÇÃO DE PAU DOS FERROS) - RN**  
**RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA FILHO - 1ª**  
**TURMA**

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSOS DE APELAÇÃO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO (ART. 90, DA LEI Nº 8666/93). INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITUOSA COMPROVADAS. DANO AO ERÁRIO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DOLO ESPECÍFICO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA DE MULTA.**

1. Julgamento conjunto das apelações criminais (ACR 12519/RN e ACR 12498/RN), em virtude da unidade do comando sentencial.
2. Recursos de apelação contra sentença condenatória pelo cometimento do crime previsto no art. 90, da Lei nº 8.666/93, cominando pena corpórea de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por 2 (duas) penas restritivas de direitos, além de pena de multa no valor de 2% (dois por cento) sobre o valor do contrato licitado.
3. A denúncia imputa ao ex-prefeito do Município de Frutuoso Gomes/RN, membros da comissão de licitação e empresários a participação em esquema fraudulento na execução do Contrato de Repasse nº 172136-48/2004, firmado com o Ministério das Cidades, consistente na contratação direta da empresa Construtora Primos Ltda. e posterior montagem de procedimento licitatório fictício (Carta Convite nº 005/2005).
4. A peça inicial preenche os requisitos do art. 41, do CPP, expondo os fatos de maneira circunstanciada, com suficiente individualização das condutas atribuídas aos acusados, de modo a viabilizar o exercício da ampla defesa. Preliminar de inépcia da denúncia rejeitada.
5. “Nos chamados crimes de autoria coletiva, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa. Precedentes.” (STJ,





PODER JUDICIÁRIO

TRF/fls. \_\_\_\_

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5.ª REGIÃO

Gabinete do Desembargador Federal *Élio Siqueira Filho*

---

Quinta Turma, AGRESP 201300595672, Ministro Jorge Mussi, DJE:02/12/2015)

6. Materialidade e autoria comprovadas, notadamente pelo Relatório de Fiscalização da Controladoria-Geral da União e pelas contradições e incoerências verificadas no interrogatório dos réus.

7. A participação de “empresa-fantasma”, o recebimento do convite por todos os licitantes no dia da publicação do edital e a emissão de certidões de regularidade fiscal no mesmo dia e em horários contíguos (17h50min a 19h50min) são elementos contundentes de prova da inidoneidade do procedimento licitatório.

8. “O crime do art. 90 da Lei nº 8.666/1993 é formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente finalidade específica (elemento subjetivo do tipo) de obter vantagem decorrente do objeto de adjudicação, para si ou para outrem. Despicienda, pois, a efetiva obtenção da vantagem com a adjudicação do objeto licitado para futura e eventual contratação.” (STJ, Quinta Turma, RHC 52.731/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 09/11/2015)

9. A respeito da dosimetria da sanção corpórea, inviável a exasperação da pena-base pela valoração negativa dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime, ao fundamento de violação do princípio da competitividade e obtenção de vantagem indevida decorrente da frustração do caráter competitivo da licitação. *Vedação ao bis in idem.*

10. Pena redimensionada ao patamar de 2 (dois) anos de detenção e 10 (dez) dias-multa, ante a inexistência de circunstâncias agravantes ou atenuantes e de causas de aumento ou diminuição da pena.

11. O art. 99, da Lei de Licitações, prevê expressamente que o valor da pena de multa não será inferior a 2% (dois por cento) sobre o montante do contrato licitado. Excessividade não caracterizada.

12. Recurso de apelação parcialmente provido.



## **ACÓRDÃO**

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 23 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal **ÉLIO SIQUEIRA FILHO**  
RELATOR