



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO**  
**GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE**

**PROCESSO Nº 0002639-83.2010.4.05.8400 – APELAÇÃO CRIMINAL Nº 11166 – RN**  
**ORIGEM: 2ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO GRANDE DO NORTE**  
**JUIZ SENTENCIANTE: MÁRIO AZEVEDO JAMBO**  
**APELANTE: LAÉRCIO JOSÉ DE OLIVEIRA**  
**ADVOGADO: MURILO MARIZ FARIA NETO**  
**APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**PROCURADOR DA REPÚBLICA: GILBERTO BARROSO DE CARVALHO JÚNIOR**  
**RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE – 1ª TURMA**

«173»

**E M E N T A**

**PENAL. CRIME DE LICITAÇÃO. FRUSTRAÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO. EDILIDADE. EX-PREFEITO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO. DESPROVIMENTO.**

I – Apelação interposta à Sentença proferida nos autos de Ação Criminal, que condenou o Réu devido à prática do Crime previsto no artigo 90 da Lei 8.666/1993, quando exerceu o Cargo de Prefeito, à Pena de 02 (dois) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de Detenção e Multa correspondente ao percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor dos Contratos licitados, e substituiu a Pena Privativa de Liberdade por duas Restritivas de Direitos, consistentes em Prestação de Serviços à Comunidade e Interdição Temporária de Direito.

II – Entre os fatos atribuídos ao Acusado e o recebimento da Denúncia, não decorreu o lapso de 08 (oito) anos previsto no artigo 109, IV, do Código Penal, razão pela qual não incidiu a Prescrição da Pretensão Punitiva, em face da Pena em concreto.

III - Houve frustração, indevida, ao caráter competitivo das Licitações, na modalidade Convite, quando a Legislação de regência exige Tomada de Preços, e favorecimento às Empresas que deles saíram vencedoras.

IV - O Apelante não apresentou elementos factuais e jurídicos, em sede recursal, que infirmem os Fundamentos do Julgado (artigo 156 do Código de Processo Penal), no sentido da configuração da Autoria e Materialidade Delitivas.

V - Desprovimento da Apelação.

**A C Ó R D Ã O**

Vistos e relatados estes autos em que são Partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar Provitamento à Apelação Criminal, nos termos do Relatório e do Voto do Relator e Notas Taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente Julgado.

Recife, 26 de Outubro de 2017 (Data do Julgamento).

**Desembargador Federal ALEXANDRE LUNA FREIRE**  
**Relator**

«174»

«175»

**RELATÓRIO**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

Trata-se de **Apelação** interposta à Sentença proferida nos autos da Ação Criminal nº 0002639-83.2010.4.05.8400, em curso na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que condenou o Réu em face da prática do Crime previsto no artigo 90 da Lei 8.666/1993, quando Prefeito do Município de São José do Campestre (RN), à Pena de 02 (dois) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de Detenção e Multa correspondente ao percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor dos contratos licitados, e substituiu a Pena Privativa de Liberdade por duas Restritivas de Direitos, consistentes em Prestação de Serviços à Comunidade e Interdição Temporária de Direito.

A **Sentença** considerou comprovadas a Autoria e Materialidade, em síntese:

*“No caso em questão não foi demonstrada pela defesa qualquer necessidade administrativa de fracionamento do certame, ainda mais quando se leva em conta que os objetos tinham a mesma natureza, que a verba federal para a construção dos açudes foi liberada em sua totalidade e que as licitações 035/2003 036/2003 foram realizadas em um mesmo momento, em dois dias seguidos, isto é, em 24.11.2003 e 25.11.2003, respectivamente.*

*Ademais, em ambos os processos licitatórios as empresas que concorreram com as vencedoras eram as mesmas: Juacema Construções Ltda. e W.S. Construções e Comércio Ltda. Importante ressaltar que a empresa Juacema Construções Ltda, pelo que se retira do depoimento de Juacema Mendonça Coutinho (fls. 60/70), foi constituída com uso no quadro societário de pessoas humildes como "laranjas". Nesse ponto, importante dizer que a modalidade convite aumenta em muito a responsabilidade do Administrador em relação às empresas convidadas, cabendo ao órgão licitante os cuidados quanto à idoneidade das participantes do certame.*

*Desta forma, não houve justificativa plausível para escolha, pelo réu, da modalidade convite, procedimento em que a competição é bastante restrita, o que frustrou o caráter competitivo do procedimento licitatório, trazendo para as empresas vencedoras vantagens decorrentes da adjudicação do objeto da licitação.*

*A autoria do referido delito resta inequívoca, na pessoa do ex-prefeito LAÉRCIO JOSÉ DE OLIVEIRA, pessoa que homologou e adjudicou as licitações fracionadas, em 24 de novembro de 2003 e em 25 de novembro de 2003, conforme pode ser observado às fls. 153/154 e 157/158 do apenso.*

*A alegação de falta de dolo não procede tendo em vista que em seu próprio interrogatório o réu, com curso superior completo em medicina, afirmou que sabia que até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a obra é para ser feita com carta convite, conforme transcrição abaixo:*

*"houve a divisão, mas eu não sabia que era proibida essa divisão. Eu sei que até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a obra é para ser feita com carta convite, com o modelo carta convite".*

*Deve, portanto, o réu LAÉRCIO JOSÉ DE OLIVEIRA ser condenado pelo delito capitulado no art. 90 da Lei 8.666/93, por ter dirigido sua conduta, finalisticamente, para frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório referente ao objeto do convênio 953/2002, quando detinha potencial consciência da ilicitude do fato e lhe era exigível conduta diversa da praticada*



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO**  
**GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE**

(...)<sup>1</sup>

<sup>1</sup> SENTENÇA

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FRUSTRAR OU FRAUDAR O CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO (ART. 90 DA LEI Nº. 8.666, DE 1993). FRACIONAMENTO DO OBJETO DA LICITAÇÃO MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA.**

1. O fracionamento do objeto da licitação configura o delito previsto no Art. 90 da Lei 8.666/93, quando tal conduta foi direcionada para restringir a competitividade do certame, frustrando o seu caráter competitivo.

2. Procedência da pretensão punitiva do Estado.

**I - RELATÓRIO**

Trata-se de ação penal proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra LAÉRCIO JOSÉ DE OLIVEIRA, qualificado nos autos e devidamente representado por advogados habilitados, no afã de vê-lo condenado, por decreto jurisdicional emanado deste Juízo, como incurso nas sanções previstas no art. 90 da Lei 8.666/93.

Consoante narrativa do Parquet Federal, durante a gestão do réu como prefeito do município de São José do Campestre foi firmado o Convênio nº. 953/2002 (SIAFI 481944) entre o Ministério da Integração Nacional e o Município de São José do Campestre/RN para a construção de 02 (dois) açudes comunitários na zona rural da mencionada edilidade (açudes Zamba e Barrinha).

Afirma o MPF que houve burla à Lei das Licitações com o intuito de restringir a competitividade do certame, na medida em que o objeto do certame foi fracionado em dois, com valores inferiores à R\$ 150.000,00, possibilitando, assim, a licitação na modalidade convite e não pela modalidade de tomada de preços.

Segundo, ainda, o Parquet, o acusado ao parcelar a licitação de obras idênticas, de valor global R\$ 279.507,16 (duzentos e setenta e nove mil e quinhentos e sete reais e dezesseis centavos), teve a intenção de restringir a competitividade da licitação, praticando o delito insculpido no art. 90 da Lei nº 8.666/93, referente à fraude a competitividade da licitação.

A denúncia foi recebida em 15 de abril de 2010 (fl. 08).

Citado, o acusado apresentou defesa prévia às fls. 21/28, suscitando a inépcia da denúncia e a ausência de tipicidade da conduta descrita na inicial, requerendo a absolvição sumária, nos termos do art. 397 do Código Processo Penal.

Em decisão de fls. 36/38, esse juízo rejeitou o pedido da defesa pela absolvição sumária e confirmou o recebimento anterior da denúncia.

Na audiência de instrução e julgamento não houve testemunhas arroladas pelas partes. O acusado foi interrogado e seu interrogatório foi registrado por meio de gravação de voz e imagem, cujo CD está acostado à fl. 46.

Em alegações finais às fls. 49/59, o Ministério Público Federal requereu a condenação do réu LAÉRCIO JOSÉ DE OLIVEIRA, afirmando que a instrução processual comprovou a materialidade e autoria dos crimes imputados na denúncia, e registrou, por fim, que a conduta se enquadra no descrito pelo art. 90 da lei nº 8.666/93.

Em razões finais (fls. 99/101), o acusado requereu a improcedência da denúncia, alegando que o MPF não provou que o réu participou de ajuste ou combinação no intuito de fraudar o procedimento licitatório, alegando, ainda, a falta de dolo por parte do acusado. Informou, ainda, que ficou comprovada que as obras, objeto do convênio em questão, foram integralmente realizadas.

Vieram os autos conclusos para julgamento, era o que importava relatar. Passo à fundamentação e posterior decisão.

**II - FUNDAMENTAÇÃO**

De conformidade com o narrado na denúncia, o MPF postulou a condenação do réu nas sanções previstas no art. 90 da Lei n.º 8.666/93, que as sim descreve o tipo penal:

"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 peça acusatória narra a conduta tida por ilícita nos seguintes termos:

"[...] Não obstante o objeto do Convênio fosse a construção de 02 (dois) açudes, itens idênticos, cuja execução se daria em um mesmo município e no mesmo período de tempo, frise-se, o que ensejaria a necessária adoção da modalidade licitatória da tomada de preços, tendo em vista os limites impositivos do art. 23, I, a, da Lei n.º 8.666/93, o ex-prefeito encaminhou documentos que comprovariam a divisão do objeto, resultando na escolha e contratação de duas empresas distintas para a execução de uma mesma obra (fracionada)."

Assim, a conduta delituosa imputada ao acusado é a de ter fracionado o objeto do convênio, direcionando o certame para a modalidade convite, com a intenção de frustrar o caráter competitivo da licitação para a construção dos açudes comunitários Zamba e Barrinha no Município de São José do Campestre/RN, a fim de favorecer as empresas Construções Primavera Ltda. e Pau Brasil Construções e Comércio Ltda.

A materialidade do delito está configurada pela documentação referente ao convênio nº 953/2002, cujo teor informa a dotação orçamentária no valor de R\$ 270.000,00 (duzentos e setenta mil reais), ou seja, valor total superior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) permissivos da modalidade convite, bem como pela documentação dos processos licitatórios números 035/2003 e 036/2003 (fls. 151/164 do apenso) que comprovam o parcelamento indevido do objeto do convênio.

Os referidos açudes faziam parte do objeto do Convênio de nº. 953/2002, firmados entre o Município de São José do Campestre/RN e a União, por intermédio do Ministério da Integração Nacional, representado pela Secretaria de Infraestrutura Hídrica.

O § 5º, do art. 23, da Lei 8.666/93, veda expressamente o fracionamento da licitação para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local, sempre quando haja a possibilidade de serem realizadas conjunta e concomitantemente e o somatório dos valores determinar a modalidade de "tomada de preços" ou "concorrência", verbis:

"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:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

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

Importante ressaltar, como bem ensina Cezar Roberto Bittencourt, que o simples fracionamento do objeto da licitação, por si só, não configura o delito em questão. O que torna o fracionamento típico penalmente é o desmembramento do objeto da licitação sem a demonstração da real necessidade administrativa para tal ato. Suas palavras merecem transcrição:

"Com efeito, pode o administrador público demonstrar que, in concreto, a realização de diversas licitações não constitui fracionamento ilícito do objeto licitado, mas opção legítima do administrador, seja porque se revela a melhor e mais econômica para



PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
 GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

A Defesa interpôs **Apelação** em que postula a Reforma da Sentença alegando, em resumo:

**“I — DA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO RETROATIVA**

*No presente caso o Recorrente fora condenado à prestação de serviços comunitários pelo período de 02 ANOS 01 MÊS E 15 DIAS, além da perda de direitos políticos por igual período.*

*Tendo em vista que os fatos supostamente criminosos que ensejaram a denúncia e condenação contra o Réu ocorreram em dezembro de 2002 e que a respectiva pena restritiva de direito foi prolatada em dezembro de 2013, temos um lapso temporal de 11 anos.*

*Ainda que se entenda que o alegado ato criminoso tenha se encerrado apenas em 28/06/ 2004 (fim da vigência do convênio), teriam se passados mais de 08 anos, restando indelével a configuração da prescrição retroativa.*

*Desta forma tem-se a opção dos efeitos prescricionais contidos no inciso IV do artigo 109 do CP., o qual prevê que prescreve a punibilidade em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro.*

*Desta forma, requer o Recorrente que este Egrégio Tribunal Reconheça a esqueça da punibilidade da pena restritiva de direito contida na sentença ora vergastada.*

**II — DO MÉRITO: DA ATIPICIDADE DO FATO — AUSÊNCIA DE DOLO**

*Conforme já apontado, não houve a demonstração de conduta dolosa por parte do Recorrente em momento alguém nos autos, intuito menos a ocorrência de AJUSTE, COMBINAÇÃO OU QUALQUER OUTRO EXPEDIENTE OBJETIVANDO FRAUDAR O CARÁTER COMPETITIVO DO PROCESSO LICITATÓRIO.*

*Não há nos autos sequer unia alegação ou prova na qual se demonstre que o Recorrente tenha participado de qualquer ato no AFÃ de fraudar a licitação, desviar verbas do convênio ou se beneficiar do mesmo. TUDO É BASEADO NA MERA SUPOSIÇÃO DE QUE, PELO FATO DE SER CHEFE DO EXECUTIVO, TUDO QUE OCORRE DURANTE SUA GESTÃO É DE SUA RESPONSABILIDADE.*

*Tal premissa pode até se justificar, mas não no âmbito penal, onde prevalece a regra da necessidade de demonstração do elemento subjetivo doloso para configuração de ato típico, sendo as condutas culposas, apenas excepcionalmente punidas. (...)*

*Durante a instrução processual o Ministério Público não conseguiu demonstrar a ocorrência de nenhum desses elementos, pois não há sequer indícios de que o Réu tenha realizado qualquer ajuste ou combinação com as empresas participantes do certame licitatório, muito menos no intuito de favorecer a si mesmo. (...)*

*Portanto, não há que se falar em fraude pelo simples fato de ter havido duplo processo licitatório. (...)*

*Convém ressaltar, no entanto, que, ainda que tivessem ocorridos os fatos narrados pelo Parquet na sua peça inaugural, não podem ser imputados ao Réu responsabilidade pelos incertos, haja vista ter agido em estrito cumprimento ao seu dever legal, não lhe sendo exigível agir de maneira diversa, assim como não agiu em momento algum com consciência acerca da potencial ilicitude de seus atos, caracterizando-se, assim, causa excludente de responsabilidade penal. (...)*



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO**  
**GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE**

*Sem duvida, está provado não ter havido má-fé nem omissão por parte do demandado.*<sup>2</sup>

<sup>2</sup> APELAÇÃO

LAÉRCIO JOSÉ OLIVEIRA, já devidamente qualificado nos autos da AÇÃO PENAL PUBLICA EM EPÍGRAFE, por intermédio de seu advogado e procurador judicial que ao final esta subscreve, vem mui respeitosamente perante Vossa Excelência, nos termos dos arts. 593,1 e 597 do Código de Processo Penal, tempestivamente apresentar RAZÕES DE APELAÇÃO para o Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª (quinta) Região, objetivando a reforma da sentença proferida as fls. 114/123 dos autos, apresentando para tanto as razões recursais a seguir expostas.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Natal/RN, 24 de fevereiro de 2014.

MURILO DE FARIA NETO

Advogado — OAB/RN 5.691

EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª (QUINTA) REGIÃO

RAZÕES DE APELAÇÃO

Processo IV<sup>o</sup>.: 0002639-83.2010.4.05.8400.

Recorrente: Laércio José de

Recorrido: Ministério Público Federal

Escuro Histórico

Versam os autos acerca de Ação Penal Pública proposta pelo Ministério Público Federal — MP com vistas à condenação do Recorrente pela prática de delito descrito no art. 90 da Lei 8.666/93 ("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).

Para embasar sua denúncia, sustenta o Parquet ter o Recorrente fraudado processo licitatório em razão de ter efetivado a contratação de DUAS EMPRESAS, em DOIS PROCESSOS LICITATÓRIOS DISTINTOS, para a construção de DOIS AÇUDES, o que, no seu entender, caracterizou fracionamento indevido do objeto.

Ao apresentar sua defesa, o Apelante esclareceu a necessidade de improcedência do pleito ministerial, pelos seguintes motivos:

a) foi provado pelo Ministério Público ter o Recorrente participado de ajuste ou combinação no intuito de fraudar o procedimento licitatório, consubstanciando suas acusações apenas em conjecturas sem provas suficientes;

c) Restou indelével que as obras objeto do convênio em questão foram integralmente realizadas, o que demonstra a boa aplicação das verbas públicas, corroborando a inexistência de má-fé/século por parte do Réu, muito menos danos ao erário;

d) A contratação de duas empresas, para realização de duas obras, mediante dois processos licitatórios não se enquadra como fracionamento;

e) A contratação, em que pese ter sido realizada mediante homologação e assinatura no terem de adjudicação por parte do Prefeito foi antecedida de pareceres e orientações técnicas, que embasar a decisão;

f) Erro de procedimento não configura crime, sendo esse entendimento consolidado pela jurisprudência pátria.

Ao final, pregou pela total improcedência da ação, haja vista a inexistência de qualquer comprovação de participação do Réu em qualquer dos atos apontados como criminosos. Enfim, a denúncia baseou-se exclusivamente no fato do ora Recorrente ser o Prefeito do Município na época da celebração do convênio e realização das obras que, repita-se, foram conduzidas sem que tenha havido nem mesmo superfaturamento.

Posteriormente, apesar da inexistência dos elementos necessários para configuração do tipo penal, o MM. Juízo a que proferiu decisão julgando procedente a pretensão punitiva e condenando o Recorrente pelo cometimento do crime descrito no art. 90 da Lei 8.666/93, fixando a pena base em 02 anos, 01 mês e 15 dias de detenção, e ao final substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, quais sejam, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE PELO PERÍODO DE 02 anos, 01 mês e 15 dias, À RAZÃO DE 01 HORA DE TAREFA POR DIA DE CONDENAÇÃO; E INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS, CONSUBSTANCIADA NA PROIBIÇÃO DO EXERCÍCIO DE CARGO, FUNÇÃO OU ATIVIDADE PÚBLICA, BEM COMO MANDATO ELETIVO, PELO MESMO PERÍODO DE CUMPRIMENTO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE.

Por não consorciar com os termos do julgado haja vista a incompatibilidade da denúncia com os fatos e a norma contida no art. 90 da Lei 8.666/93 é que ora se interpõe o presente apelo.

I — DA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO RETROATIVA

O respectivo terna possui previsão legal nos arts. 109 e 110 do Código Penal — CP, senão vejamos:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 10 do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

I em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual há um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

Prescrição o das penas restritivas de direito

Parágrafo irônico Aplica às penas restritivo de direito os incisos prazos previstos para as privativas de liberdade (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Alterado pela L-007. 209-1984)

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a Sentença final começa a correr. (Alterado pela L-007. 209.1984)

I - do dia em que o crime se consumou; (Realces de agora).

Conforme se depreende do texto acima transcrito, às penas restritivo de direito, serão aplicados os mesmos prazos prescricionais previstos para as penas privativas de liberdade.

No presente caso o Recorrente fora condenado à prestação de serviços comunitários pelo período de 02 ANOS 01 MÊS E 15 DIAS, além da perda de direitos políticos por igual período.

Tendo em vista que os fatos supostamente criminosos que ensejaram a denúncia e condenação contra o Réu ocorreram em dezembro de 2002 e que a respectiva pena restritiva de direito foi prolatada em dezembro de 2013, temos um lapso temporal de 11 anos.

Ainda que se entenda que o alegado ato criminoso tenha se encerrado apenas em 28/06/2004 (fim da vigência do convênio), teriam se passados mais de 08 anos, restando indelével a configuração da prescrição retroativa.

Desta forma tem-se a opção dos efeitos prescricionais contidos no inciso IV do art.109 do CP., o qual prevê que prescreve a punibilidade em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO**  
**GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE**

As **Contrarrrazões** do Ministério Público Federal foram no sentido de manutenção da Sentença.

A Procuradoria Regional da República ofertou **Parecer** pelo Desprovemento da Apelação do Réu.<sup>3</sup>

**É o Relatório.**

«176»

<sup>3</sup> PARECER

*PARECER N.º 10.203/2014*

*Apelação Criminal. Fraude. Licitação. Dolo. Tipo penal descrito como frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, tem como elemento subjetivo o dolo, consubstanciado na finalidade específica de obter, para si ou para terceiro, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da ação.*

*Trata-se de apelação interposta por Laércio José de Oliveira da sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, que o condenou à pena de 2 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos na modalidade de prestação de serviços à comunidade e proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandat o eletivo, por igual período, além de multa no percentual de 2% dos contratos licitados, em razão da prática do crime tipificado no artigo 90 da Lei n.º 8.666/93.*

*Entendeu o juiz estar provada a materialidade e a autoria delitiva, bem como demonstrado o dolo do agente, razão pela qual julgou procedente a denúncia para condenar o réu pelo crime do artigo 90 da Lei n.º 8.666/93.*

*Alega o apelante, em preliminar, a incidência da prescrição retroativa, considerando haver entre a data do fato e a prolação da sentença um decurso de tempo superior a 8 anos. No mérito, defende a atipicidade da conduta sob a alegação de ausência de dolo, pugnando pela sua absolvição.*

*Nas contrarrrazões, o Ministério Público defende não fazer jus o réu à extinção da punibilidade pela prescrição, tendo em vista a ocorrência do marco interruptivo consistente no recebimento da denúncia. No mérito, rebate os argumentos da defesa, sustentando a presença do dolo do agente na conduta perpetrada. Requer a manutenção da sentença.*

*Razão não assiste ao apelante.*

*Não prospera a preliminar de prescrito, porquanto a defesa não considerou, para contagem do prazo prescricional, o marco interruptivo do recebimento da denúncia.*

*A Lei 12.234/2010 vedou a possibilidade de a prescrição retroativa ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa, constituindo-se a lei novatio legis in pejus. Portanto, aos delitos praticados antes de maio de 2010, deve ser reconhecida a prescrição retroativa nos termos dos artigos do Código Penal (...) (...).*

*Trata-se de prescrição retroativa que leva em consideração a pena aplicada, diferentemente da prescrição in abstracto, que tem como referencia o máximo da pena cominada ao delito. Assim, transitada em julgado a sentença para o Ministério Público, a prescrição passa a ser regulada pela pena em concreto. No caso, a pena definitiva aplicada foi de 2 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, o que conduziria à aplicação do prazo prescricional de 8 anos, conforme prevê o artigo 109, IV, do CP.*

*No caso concreto, em vista do lapso temporal transcorrido entre a data do fato, ocorrido em novembro de 2003 e a data do recebimento da denúncia em 15.04.2010 (fls.08), ser inferior à 8 anos, não se verifica a incidência da prescrição retroativa. De igual modo, considerando o decurso de tempo entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença, não há que se falar em prescrição e, por via de consequência, em extinta da punibilidade do apelante.*

*O réu foi condenado pela prática do crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/93, que assim dispõe:*

*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 ação.*

*Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.*

*O tipo penal acima transcrito reprime a conduta de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, tendo como elemento subjetivo o dolo consubstanciado na finalidade específica de obter, para si ou para terceiro, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.*

*No caso em apreço, o réu, então prefeito do Município de São José Campestre-RN, fracionou o objeto do convênio, no montante de R\$ 279.507,16, destinado à construção dos açudes comunitária Zamba e Barrinha, direcionando o certame para a modalidade convite, com a intenção de frustrar o caráter competitivo da licitação para favorecer as empresas Construções Primavera Ltda e Pau Brasil Construções e Comércio Ltda. Portanto, as condutas narradas enquadram-se no tipo penal previsto no artigo 90 da Lei n.º 8.666/93.*

*A materialidade e a autoria delitivas estão satisfatoriamente evidenciadas na sentença (fls. 114-123), conforme trechos a seguir transcritos: A materialidade do delito está configurada pela documentação referente ao convênio n.º 953/2002, cujo teor informa a doação orçamentária no valor de R\$ 270.000,00 (duzentos e setenta mil reais), ou seja, valor total superior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) permitido da modalidade convite, bem como pela documentação dos processos licitatórios números 035/2003 e 036/2003 (fls. 55/64 do apenso) que comprovam o parcelamento indevido do objeto do convênio. A autoria do referido delito resta inequívoca, na pessoa do ex-prefeito LAÉRCIO JOSÉ DE OLHEIRA, pessoa que homologou e adjudicou as licitações fracionadas, em 24 de novembro de 2003 e em 25 de novembro de 2003, conforme pude ser observado às fls. 153, 154, 157 e 158 do apenso. (...) (...) Portanto, não pairam dúvidas acerca de haver o ex-prefeito do Município de São José Campestre – RN, ora apelante, ao homologar os certames citados e autorizar a adjudicação de seus objetos às empresas vencedoras praticadas o crimes previsto no artigo 90 da Lei n.º 8.666/93, razão pela qual deve ser mantida a sua condenação.*

*Diante do exposto, opina o Ministério Público Federal pelo não provimento da apelação.*

*Recife, 03 de Julho de 2014.*

**MARIA DO SOCORRO LEITE PAIVA**

*Procuradora Regional da República*



PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
 GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

«177»

**V O T O**

Entre os fatos atribuídos ao Réu, que ocorreram em Novembro/2003 e o recebimento da Denúncia, em 15.04.2010, não decorreu o lapso de 08 (oito) anos previsto no artigo 109, IV, do Código Penal, razão pela qual não incidiu a Prescrição da Pretensão Punitiva, em face da Pena em concreto.

Destaco da Sentença os Fundamentos que embasaram a Condenação do Acusado, com os quais compartilho, *verbis*:

*“Assim, a conduta delituosa imputada ao acusado é a de ter fracionado o objeto do convênio, direcionando o certame para a modalidade convite, com a intenção de frustrar o caráter competitivo da licitação para a construção dos açudes comunitários Zamba e Barrinha no Município de São José do Campestre/RN, a fim de favorecer as empresas Construções Primavera Ltda. e Pau Brasil Construções e Comércio Ltda.*

*A materialidade do delito está configurada pela documentação referente ao convênio nº 953/2002, cujo teor informa a dotação orçamentária no valor de R\$ 270.000,00 (duzentos e setenta mil reais), ou seja, valor total superior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) permissivos da modalidade convite, bem como pela documentação dos processos licitatórios números 035/2003 e 036/2003 (fls. 151/164 do apenso) que comprovam o parcelamento indevido do objeto do convênio.*

*Os referidos açudes faziam parte do objeto do Convênio de nº. 953/2002, firmados entre o Município de São José do Campestre/RN e a União, por intermédio do Ministério da Integração Nacional, representado pela Secretaria de Infraestrutura Hídrica.*

*O § 5º, do art. 23, da Lei 8.666/93, veda expressamente o fracionamento da licitação para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local, sempre quando haja a possibilidade de serem realizadas conjunta e concomitantemente e o somatório dos valores determinar a modalidade de "tomada de preços" ou "concorrência", verbis:*

*"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:*

*I - para obras e serviços de engenharia:*

*a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)*

*b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);*

*c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);*

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

*Importante ressaltar, como bem ensina Cezar Roberto Bittencourt, que o simples fracionamento do objeto da licitação, por si só, não configura o delito em questão. O que torna o fracionamento típico penalmente é o desmembramento do objeto da licitação sem a demonstração da real necessidade administrativa para tal ato. Suas palavras merecem transcrição:*

*"Com efeito, pode o administrador público demonstrar que, in concreto, a realização de diversas licitações não constitui fracionamento ilegal do objeto licitado, mas opção legítima do administrador, seja porque se revela a melhor e mais econômica para o erário público, seja por se tratar da única ou da mais viável, no âmbito da discricionariedade que lhe assegura o Direito*



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO**  
**GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE**

*Administrativo, e, por conseguinte, trata-se da opção que atende melhor ao interesse público. Esse aspecto, por óbvio, afasta a adequação típica do procedimento adotado pelo administrador, que objetiva, acima de tudo, preservar o equilíbrio orçamentário do ente público e respeitar a Lei de Responsabilidade Fiscal. Convém destacar que o administrador público trabalha com previsões orçamentárias que, necessariamente, deve respeitar, sob pena de responder fiscal e criminalmente por seus atos. Ressalta-se, ademais, que, por vezes, a prescrição orçamentária não se concretiza no exercício financeiro, demandando cortes de verbas e não realização de projetos muitas vezes extremamente relevantes para a sociedade. Não raro essas dificuldades orçamentárias inviabilizam a realização de obras vitais para a coletividade, sendo recomendável o seu desdobramento para execução em etapas, como única forma de realizá-las. (...) Em síntese, segundo a legislação supracitada, nem sempre se pode realizar serviços ou obras na modalidade "concorrência" (portanto em um único certame, ou mesmo em poucas e grandes obras), sob pena de nunca poder concretizá-las, por não se poder prever a alocação de recursos inexistentes. Por essa razão, determinadas obras ou serviços devem ser, necessariamente, desdobrados ou fracionados, para enquadrá-los na limitação orçamentária do respectivo órgão público; conseqüentemente isso jamais poderá ser considerado como fracionamento ilegal de obras ou serviços a serem licitados, pelo contrário, trata-se efetivamente de fracionamento legal de obras públicas ou serviços, aliás, imposto pela legislação específica."*

*Assim, o administrador até pode fracionar uma licitação, desde que embasado por fatores externos que inviabilizem a licitação única, como, por exemplo, no caso de limitações orçamentárias.*

*No caso em questão não foi demonstrada pela defesa qualquer necessidade administrativa de fracionamento do certame, ainda mais quando se leva em conta que os objetos tinham a mesma natureza, que a verba federal para a construção dos açudes foi liberada em sua totalidade e que as licitações 035/2003 036/2003 foram realizadas em um mesmo momento, em dois dias seguidos, isto é, em 24.11.2003 e 25.11.2003, respectivamente.*

*Ademais, em ambos os processos licitatórios as empresas que concorreram com as vencedoras eram as mesmas: Juacema Construções Ltda. e W.S. Construções e Comércio Ltda. Importante ressaltar que a empresa Juacema Construções Ltda, pelo que se retira do depoimento de Juacema Mendonça Coutinho (fls. 60/70), foi constituída com uso no quadro societário de pessoas humildes como "laranjas". Nesse ponto, importante dizer que a modalidade convite aumenta em muito a responsabilidade do Administrador em relação às empresas convidadas, cabendo ao órgão licitante os cuidados quanto à idoneidade das participantes do certame.*

*Desta forma, não houve justificativa plausível para escolha, pelo réu, da modalidade convite, procedimento em que a competição é bastante restrita, o que frustrou o caráter competitivo do procedimento licitatório, trazendo para as empresas vencedoras vantagens decorrentes da adjudicação do objeto da licitação.*

*A autoria do referido delito resta inequívoca, na pessoa do ex-prefeito LAÉRCIO JOSÉ DE OLIVEIRA, pessoa que homologou e adjudicou as licitações fracionadas, em 24 de novembro de 2003 e em 25 de novembro de 2003, conforme pode ser observado às fls. 153/154 e 157/158 do apenso.*

*A alegação de falta de dolo não procede tendo em vista que em seu próprio interrogatório o réu, com curso superior completo em medicina, afirmou que sabia que até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a obra é para ser feita com carta convite, conforme transcrição abaixo:*

*"houve a divisão, mas eu não sabia que era proibida essa divisão. Eu sei que até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a obra é para ser feita com carta convite, com o modelo carta convite".*

*Deve, portanto, o réu LAÉRCIO JOSÉ DE OLIVEIRA ser condenado pelo delito capitulado no art. 90 da Lei 8.666/93, por ter dirigido sua conduta, finalisticamente, para frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório referente ao objeto do convênio 953/2002, quando*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

*detinha potencial consciência da ilicitude do fato e lhe era exigível conduta diversa da praticada.” (grifei)*

Com efeito, é irrelevante o fato de o Objeto do citado Convênio, firmado entre o Município de São José do Campestre (RN) e a União, por intermédio do Ministério da Integração Nacional, haver sido executado integralmente, porquanto “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.” (RHC nº 52.731/GO, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma do STJ, DJE de 09.11.2015).

Resta inequívoca que houve frustração, indevida, ao caráter competitivo dos Certames, na modalidade Convite, quando a Legislação de regência exige Tomada de Preços, e, conseqüentemente, favorecimento às Empresas que deles saíram vencedoras.

O Apelante e ex-Prefeito da Edilidade não apresentou elementos factuais e jurídicos, em sede recursal, que infirmem os Fundamentos do Julgado (artigo 156 do Código de Processo Penal), no sentido da configuração da Autoria e Materialidade Delitivas.

ISTO POSTO, **nego Provimto** à Apelação.

**É o meu Voto.**

«178»

HCAT/CLS