



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 14400 SE (0005242-52.2012.4.05.8500)
APTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APDO : JOSEFA MESQUITA DE SANTANA MATOS
ADV/PROC : JAILTON SANTOS MELO (SE002853) E OUTROS
APDO : PAULO CÉSAR REIS
APDO : GRACIANA RAMALHO DE CARVALHO
APDO : JORGE ADÃO TEIXEIRA
APDO : IRINEU MIGUEL MARIN RIGHI
APDO : JOSE LUIZ RODRIGUES BARROS
APDO : WEDJA MARIA DA SILVA
APDO : MARCÍRIO MARTINS PEREIRA
APDO : WINDERSON DA SILVA ARAÚJO
REPTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
APDO : EVANDRO BARBOSA DIAS
ADV/PROC : BRUNO VINICIUS SANTIAGO DE SOUSA (SE005370) E
OUTROS
APDO : LINDBERGH GONDIM DE LUCENA
ADV/PROC : MADSON LIMA DE SANTANA (SE003863) E OUTRO
APDO : CARLA VALÉRIA DA SILVA RAMOS
ADV/PROC : ALDIR SOUZA FERREIRA (SE004796)
APDO : DANIEL PIGATTO PEREIRA
ADV/PROC : MÁRIO CÉSAR VASCONCELOS FREIRE DE CARVALHO
(SE002725)
ORIGEM : 2ª VARA FEDERAL DE SERGIPE - SE
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO AUGUSTO NUNES
COUTINHO (CONVOCADO) - PRIMEIRA TURMA

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO COUTINHO (Relator Convocado): Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal a desafiar sentença do Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, sediado em Aracaju, que na ação penal 0005242-52.2012.4.05.8500, julgou improcedente os pedidos deduzidos, nos termos do art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, absolvendo os acusados LINDBERGH GONDIM DE LUCENA, EVANDRO BARBOSA DIAS, JOSEFA MESQUITA DE SANTANA MATOS, PAULO CÉSAR REIS, GRACIANA RAMALHO DE CARVALHO, MARCÍRIO MARTINS PEREIRA, JORGE ADÃO TEIXEIRA, WINDERSON DA SILVA ARAÚJO, CARLA VALÉRIA DA SILVA RAMOS, DANIEL PIGATTO PEREIRA, WEDJA MARIA DA SILVA, JOSÉ LUIZ RODRIGUES BARROS e IRINEU MIGUEL MARIN RIGHI, das imputações de fraudes decorrentes da Concorrência nº 05/2006 (Convênio nº 203/2000-FNDE/PROMED), extinguindo a punibilidade em relação ao coacusado GINALDO DOMINGOS MARTINS SANTOS,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO

diante de seu falecimento, conforme certidão de óbito, fls. 1.106/1.107, e a previsão do art. 107, inc. I, do Código Penal.

Consoante a inicial acusatória, os acusados cometeram crimes em fraudes licitatórias, com escopo de se locupletarem de verbas públicas federais destinadas à educação, atos ilícitos coordenados por LINDBERGH GONDIM DE LUCENA, então Secretário de Educação no período entre os anos de 2005 e 2006, tipificados nos arts. 89, 90 e 92, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, e no art. 288, do Código Penal.

Segundo o órgão acusador, o grupo favoreceu, indevidamente, diversas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's), mediante direcionamento e superfaturamento de preços, fracionamento de certames para burlar a modalidade adequada, dispensa de licitação fora das hipóteses legais, pagamento antecipado de serviços, dentre outros ilícitos.

Ainda, de acordo com a denúncia, as diversas OSCIP's envolvidas nas supostas fraudes (ATNE, CGCP, ICADIS, CAPACITAR, IDS e COOPERINF), compartilhavam os mesmos representantes legais, ora compondo a direção da entidade, ora como responsáveis técnicos, ora como prestadores de serviços, ou mediante laços de parentesco, revezando-se na participação das licitações investigadas, com a anuência dos agentes públicos envolvidos, agindo em conluio.

Os desvios de verbas federais destinadas à aludida secretaria foram constatados, inicialmente pelo Tribunal de Contas da União e pela Controladoria Geral da União, através da análise de procedimentos licitatórios, contratos e termos de parceria, em especial para a presente persecução penal, a Concorrência nº 05/2006, decorrente do Convênio nº 203/02-FNDE/PROJETO ALVORADA, cujo objeto era a contratação de empresa especializada para a realização de capacitação em “Prestação de Contas”, acarretando um superfaturamento de R\$ 217.625,00 (duzentos e dezessete mil, seiscentos e vinte e cinco reais) valor histórico de 27 de agosto de 2012, fls. 18 e 21.

O édito absolutório entendeu pela dúvida na formação da culpa dos acusados, no sentido de que o órgão acusador não se desincumbiu de corroborar em juízo os elementos indiciários originados dos relatórios do Tribunal de Contas da União, eis que na fase judicial, especialmente do contraditório, com as oitivas das testemunhas arroladas pela acusação em cotejo com os depoimentos dos réus, a par da não demonstração de elementos mínimos e concretos do dolo quanto às supostas condutas de direcionar, frustrar a licitação ou de indevido favorecimento ao contratado/parceiro, delitos hospedados nos arts. 89, 90 e 92, da Lei nº 8.666/93, não se evidenciando o prévio ajuste e comunhão de desígnios para configuração do crime de associação criminosa, art. 288, do Código Penal, fls. 1.920/1965.

Em seu apelo, o Ministério Público Federal argumenta que malgrado o Procedimento Investigatório Criminal nº 1.35.000.000813/2012-71, e da deliberação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO

contida no Acórdão nº 65/2014-TCU-Plenário, fls. 1.129/1.149v, o juízo recorrido entendeu que o apelante não se desincumbiu de produzir provas além das constantes no apuratório do Tribunal de Contas da União, desprezando o entendimento de que o acórdão daquela corte de controle em tomada de contas especial tem valor probante, e também, que a despeito de não vincularem o Poder Judiciário, o caráter opinativo de suas decisões pode ser levando em consideração pelo órgão jurisdicional.

Afirmou ainda, da promiscuidade existente entres as OSCIPS, dolosamente desconsiderada pelos agentes públicos envolvidos nos processos licitatórios examinados, ressaltando a responsabilidade de LINDBERG GONDIM DE LUCENA a cancelar o simulacro, pois ao saber dos orçamentos superfaturados propostos sempre pelas mesmas entidades licitantes, estas sempre eram novamente convidadas a participar dos certames, homologando e adjudicando os objetos contratados em contrariedade à legislação vigente.

Prosseguiu, aduzindo que a presente persecução penal é resultante de intensas investigações empreendidas no âmbito do Ministério Público Federal, Controladoria Geral da União e Tribunal de Contas da União, estando perfeitamente delineada a complexa empreitada que atuava na Secretaria de Educação do Estado de Sergipe.

Por fim, requereu a necessidade condenação dos acusados, num total de quinze pessoas, no crime de quadrilha, art. 288, do Código Penal (redação anterior a Lei nº 12.850/2013 – fatos ocorridos no ano de 2005), eis que todos tinham conhecimento das respectivas contribuições à prática criminosa.

Em que pese as ponderáveis razões do órgão acusador, ora apelante, dos elementos acostados aos autos submetidos ao crivo da instrução processual, entendo não merecer reparos a sentença objurgada.

Primeiro, não olvidando a força probante das decisões do Tribunal de Contas da União, no caso concreto, as suas conclusões não foram suficientemente corroboradas em juízo pelo órgão acusador, a quem cabia o ônus da prova, que no caso, não resistiu ao confronto dos elementos produzidos pela prova testemunhal e pelo depoimento dos acusados.

Segundo, a autuação da acusação não logrou demonstrar elementos mínimos e concretos quanto à configuração do dolo dos acusados, como elemento subjetivo de validar a plena ocorrência dos crimes licitatórios, no sentido de direcionar, frustrar ou favorecer licitantes, na exata moldura dos arts. 89, 90 e 92, da Lei nº 8.666/93, tampouco, em relação ao prévio ajuste e comunhão de desígnios reclamados para a perfeição do tipo do crime de associação criminosa, hospedado no art. 288, do Código Penal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO

É assente a impossibilidade de se aviar decreto condenatório com base em exclusiva prova colhida na fase inquisitorial, nem mesmo em meros indícios, sem que se demonstre minimamente, mediante elementos probantes, a exemplo da ligação entre os comportamentos considerados ilícitos e as condutas dos réus.

Vigendo, em nosso ordenamento, o princípio do livre convencimento motivado, não fica o juiz adstrito à prova indicada pela defesa ou acusação, considerando que, na espécie, a formação das razões de decidir do édito absolutório deveu-se ao fato de que o apurado no processo administrativo produzido pelo Tribunal de Contas da União, como prova única do Ministério Público Federal, quedou-se diante do confronto da instrução, com as oitivas das testemunhas do processo e dos acusados, gerando a dúvida, interpretada em favor dos réus, consoante a vetusta principiologia penal, *in dubio pro reo*.

Nesse sentido, o princípio do livre convencimento motivado, positivado no art. 155 do Código de Processo Penal a vaticinar: “*O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*”

Portanto, é de ser mantida irretocável a sentença por suas próprias judiciosas razões de decidir:

A partir de uma primeira análise dos elementos indiciários de prova, baseados nas ações de fiscalização realizadas pelo TCU e pela CGU, extrai-se haver graves irregularidades na consecução da Concorrência nº 05/2006 (Convênio 103/2002), voltadas para o fornecimento de serviço de capacitação de professores e técnicos da rede estadual de educação, mediante a contratação (sentido amplo) de uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, pessoa jurídica essas regidas pela Lei nº 9.790/1999.

Há que se dizer, contudo, que, também com relação aos nominados réus que integraram os quadros diretivos das OSCIP's em foco, e de forma idêntica à conclusão a que se chegou para os agentes públicos aqui denunciados (o ex-secretário estadual de Educação, e membros da comissão de licitações), a prova realizada na fase judicial não corroborou aquelas impressões iniciais acerca da possível prática criminosa.

A despeito da contundência dos relatórios do TCU - bem por isso se teve um primeiro juízo positivo quanto à admissibilidade das imputações penais -, caberia ao MPF, na fase processual, trazer dados de cognição a reforçar aquelas premissas e firmar uma maior segurança quanto ao anunciado ajuste e comunhão de desígnios entre os acusados (agentes públicos e particulares), desempenho, de uns e outros, quanto às reais funções e atos efetivamente praticados no contexto das licitações,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO

dos vínculos simultâneos, no caso dos particulares, quanto aos atos materiais praticados ao tempo do processo licitatório.

Apenas para citar uma situação de fragilidade decorrente do cotejo entre os dados iniciais colhidos nos âmbito do TCU com a prova realizada na fase judicial - e especificamente quanto à atuação dos particulares ora denunciados -, há a inconsistência do verdadeiro papel desempenhado pelo réu Jorge Adão Teixeira.

Conforme a peça acusatória, mormente os tópicos "2.2", "2.3" e "2.4", o réu Jorge Adão Teixeira, na condição de "Diretor-Presidente" da CGCP, "participava efetivamente das fraudes noticiadas, até porque se beneficiava delas, já que as OSCIP's, em conluio, revezavam-se para vencer as licitações" (fl. 16), e "não só fazia a gestão dos valores que ilícitamente ingressaram nos caixas da mencionada OSCIP, como também mantinha intenso contato com MARCÍRIO MARTINS PEREIRA" para fraudar os certames (fl. 16).

Ao ser interrogado por este juízo, mediante videoconferência, o réu Jorge Adão Teixeira, que reside na cidade de Pelotas/RS e trabalha como motorista, esclareceu que funcionou como interposta pessoa de um seu empregador, de prenome "Irineu", tendo anuído com a inserção de seu nome - dele, interrogado - para constituir uma "empresa" (supõe-se seja a OSCIP Centro de Gestão e Cooperação Profissional-CGCP).

Prosseguindo, o aludido réu Jorge Adão Teixeira afirmou jamais ter praticado atos de gestão de qualquer empresa, desconhecendo completamente os fatos em objeto, e tampouco se deslocara para o Estado de Sergipe, local que não conhecia.

A versão do réu Jorge Adão Teixeira é verdadeira? À míngua de elementos contrários, sim. Ele funcionou apenas (sem que aqui se esteja ignorando ou diminuindo a gravidade do fato) como interposta pessoa para terceiro? Os dados da CGCP foram utilizados de forma fraudulenta ou os reis integrantes do quadro associativo realmente participaram da licitação realizada pela Secretaria de Educação de Sergipe?

Sendo correto que o réu Jorge Adão Teixeira nunca praticou atos referentes à CGCP, não há como ser aceita, vez que desautorizada, a assertiva da acusação de que ele "fazia a gestão dos valores que ilícitamente ingressaram nos caixas" daquela OSCIP e, bem assim, manteve "intenso contato" com o réu Marcílio Martins Pereira.

Idealmente, a ré Carla Valéria da Silva Ramos, pela prova produzida no curso do processo, exsurge como mera "secretária" e subordinada ao réu Winderson da Silva Araújo, a quem se reportava e o substituía em atribuições burocráticas. Não há prova de seu protagonismo, nem tampouco de que agira com união de desígnios e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO

prévio acerto com os demais integrantes das OSCIP's e com os servidores da Secretaria de Educação para fraudar processos licitatórios.

Os réus Winderson da Silva Araújo e Wedja Maria da Silva, apesar de assumirem que estiveram à frente das respectivas OSCIP's, ATNE e ICADIS, objetaram a acusação de que havia conluio entre os representantes das OSCIP's ou entre estes e os servidores da Secretaria Estadual de Educação, sem que se tenha, aqui, elementos a infirmar categoricamente suas versões.

Diga-se, em arremate, que a debilidade dos elementos de cognição, quanto a sustentar as imputações penais, perpassa desde a falta de dolo dos agentes públicos, sendo eles o ex-secretário de Estado da Educação, Lindbergh Gondim de Lucena, o assessor de planejamento da SEED, Evandro Barbosa Dias, e os membros da comissão de licitação da SEED, Josefa Mesquita de Santana Matos, Paulo César Reis e Graciana Ramalho de Carvalho. Tudo isso atingindo, igualmente, a evidenciação do agir doloso atribuído aos particulares Marcírio Martins Pereira, Jorge Adão Teixeira, Winderson da Silva Araújo, Carla Valéria da Silva Ramos e Wedja Maria da Silva.

Tomado esse contexto probatório, resta também afastada a imputação do crime de associação criminosa, previsto no art. 288 do Código Penal, o qual exige para a sua configuração - como já aqui reportado -, a comprovação da existência de um plano delituoso traçado pelos acusados, isto é, da configuração de uma associação preordenada, além da estabilidade e da permanência, voltada para a prática de crimes, notadamente para fraudar licitações, fls. 1.957/1959.

(...)

Como se vê, a versão do denunciado Irineu Miguel Marin foi contrária às alegações contidas na denúncia. Ao afirmar que o IDS era uma OSCIP, esclareceu que as contratações firmadas com a administração pública poderiam ter sido realizadas através de termos de parcerias, nos termos da legislação vigente.

E, não obstante a sua afirmação no sentido de que havia pessoas que integravam mais de uma entidade em razão da carência de técnicos, tal fato, por si só, não é prova suficiente a caracterizar as fraudes licitatórias, com o objetivo de se apropriar indevidamente de verbas públicas federais destinadas à área de educação, por intermédio da Secretaria do Estado de Educação (SEED/SE), na gestão do então secretário Lindbergh Gondim de Lucena.

Assim, diante das provas coligidas aos autos, o caso é de absolver os denunciados. A denúncia apenas fundamentou seu pedido condenatório baseando-se no processo de tomada de contas do TCU, quedando-se em produzir qualquer prova documental ou testemunhal durante a ação penal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO

Os fatos imputados aos denunciados foram bem genéricos: "a presidência era exercida por DANIEL PIGATTO", "o IDS (Instituto Internacional de Desenvolvimento Social) era gerido por IRINEU MARIN RIGH" e "os orçamentos eram oferecidos por meio de JOSÉ LUIZ BARROS" nada mais. Rechaço aqui o argumento de não ser cabível condenar alguém fundamentando-se exclusivamente em deduções incertas sobre uma possível intenção do agente.

Não se mostra cabível atribuir, de forma objetiva, a responsabilização pelas irregularidades apontadas e ocorridas no âmbito da administração, sem que haja elementos probatórios suficientes que demonstrem o conluio ardiloso dos envolvidos na licitação em comento.

Nada nos autos demonstrou a consciência e vontade dos agentes direcionada à prática do delito de fraude em licitação, muito menos o fim especial de agir, consubstanciado na intenção de obtenção de vantagem indevida. Isso porque o Parquet fundamentou seu pedido condenatório baseando-se apenas no processo de tomada de contas do TCU, não produzindo qualquer prova documental ou testemunhal durante a ação penal.

E, como já dito, o delito do art. 90, da Lei 8.666/93 que exige o dolo específico para sua configuração, consubstanciado no fim especial de agir com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Nesse sentido, são os julgados no Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do seguinte: "As ações criminais, que envolvem o cometimento de crimes previstos na Lei de Licitações, exigem, para a configuração do delito, a evidenciação do dolo específico e do dano ao erário, para que consubstanciem a justa causa para a condenação penal (APn 330/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 03/10/2007, DJe 15/12/2008)".

Sem que se comprove o elemento subjetivo do tipo, não se cogita do crime de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, razão pela qual entendo ser a hipótese de absolvição desses acusados.

Como cedo, na fase investigativa, os elementos probatórios, traduzidos em indícios mínimos de autoria e materialidade (justa causa), operam como lastro na formação da opinio delicti a ser exercida pelo Ministério Público, justificando a formulação de denúncia e autorizando um juízo de admissibilidade.

Contudo, na fase judicial, após sua renovação mediante o contraditório e a ampla defesa, devem revestir-se de um grau de certeza maior, balizando o convencimento do juízo acerca da materialidade e da autoria apontadas.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO

Colhidos os elementos probatórios, realizadas diligências outras, como aqui verificado, sem lograr êxito em afastar as incertezas daí decorrentes, há que se aplicar o princípio do in dubio pro reo, frente à razoável dúvida instalada quanto ao agir doloso dos acusados, a favorecer, agora, o seu jus libertatis, fls. 1.962/1.964.

Essa Corte Regional, outrora provocada a se manifestar sobre casos similares, deliberou no mesmo sentido do veredicto absolutório:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. FRUSTRAÇÃO OU FRAUDE DO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO (ART. 90 DA LEI 8.666/1993). SUPERFATURAMENTO NA LICITAÇÃO OU NA EXECUÇÃO DO CONTRATO (ART. 96, I, DA LEI 8.666/1993). SENTENÇA CONDENATÓRIA. ELEMENTOS DE PROVA HÁBEIS À CONDENAÇÃO. EXCLUSIVAMENTE EM INQUÉRITO POLICIAL. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS INFORMATIVOS DE TEOR CONDENATÓRIO PRODUZIDOS EM JUÍZO. MEROS INDÍCIOS. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVA (ART. 386, INCISOS V E VII, CPP). PROVIMENTO DAS APELAÇÕES DOS RÉUS.

(...) No entanto, é por demais cedo que não se pode condenar o acusado com base unicamente em prova colhida na fase inquisitorial, nem mesmo em meros indícios, sem que se demonstre minimamente, mediante elementos probantes, a ligação entre os comportamentos considerados ilícitos e as condutas dos réus.

- Dispõe o art. 155 da Lei Instrumental Penal que: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."

- O Superior Tribunal de Justiça, pelas suas duas turmas especializadas em matéria criminal (5ª e 6ª Turmas), tem posição remansosa no sentido de que não se admite a condenação criminal alicerçada exclusivamente em elementos de informação obtidos durante o inquérito policial, porém se torna possível quando também se baseia em elementos de provas judicializadas, colhidas no âmbito do devido processo legal (AGRESP 1366683, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 14/11/2017, DJU 24/11/2017; AGARESP 1096705, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 13/06/2017, DJU 21/06/2017). Em outras palavras, o que entende o STJ, na esteira do desenhado no art. 155 do CPP, é que não se exige que todas as provas detentoras de força condenatória sejam judicializadas. Basta haver uma única prova colhida no ambiente jurisdicional que ostente essa aptidão condenatória para afastar a vedação do art. 155 do CPP.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO

- Na hipótese dos autos, não há uma única prova produzida em juízo que sinalize a autoria criminosa dos réus em relação à prática do delito do art. 90 da Lei 8.666/1993. Possivelmente, houve fraude, embora não se tenha certeza dela, mas inexistente prova de que foram perpetradas pelos réus condenados. A simples circunstância de terem sido licitantes da Concorrência Pública nº 08/2001 não indicam que praticaram a fraude licitatória, sobretudo porque suposta materialidade deu-se por meio dos computadores da Prefeitura Municipal de Juazeiro do Norte/CE. Nenhuma testemunha ou elemento probatório sinalizou que algum dos réus, ao menos, utilizou algum dos computadores apreendidos e que supostamente teria protagonizado a fraude. O que se tem - e isso parece inegável - são indícios de prática criminosa, porém não prova suficiente que estabeleça um vínculo com os réus. Com efeito, não há prova no acervo encontrado nos autos que fora produzida na arena jurisdicional a indicar que os réus concorreram à prática do crime de fraude ou frustração do caráter competitivo da licitação, capitulado no art. 90 da Lei 8.666/1993, devendo, portanto, serem absolvidos, na forma do estipulado no art. 386, inciso V, do Estatuto Processual Penal (...)

- Incabível qualquer condenação a recair sobre os réus, por faltar suficiente prova quanto à perpetração dos crimes imputados, devendo os apelos ser providos, para absolvê-los dos crimes dos arts. 90 e 96, I, da Lei 8.666/1993, na forma do disposto no art. 386, incisos V e VII, do Diploma Processual Penal. - Provimento das apelações dos réus (ACR13683-CE, Rel. Des. Fed. Carlos Wagner Dias Ferreira (Convocado), julgado em 27 de fevereiro de 2018, publicado no DJe em 02 de março de 2018).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. FRAUDE. CONLUÍO. ARTIGOS 89, 90 e 92 DA LEI Nº 8.666/93. IRREGULARIDADES APONTADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. INEXISTÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO (DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL) EM SEDE JUDICIAL A SUSTENTAR UMA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

1. Apelação Criminal manejada pelo Ministério Público Federal em face da sentença que absolveu o ex-Secretário de Educação do Estado de Sergipe, dos delitos descritos nos artigos 89, caput, 90 e 92 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93); e dois Procuradores do Instituto Internacional de Desenvolvimento Social - IDS, das práticas dos delitos tipificados nos art. 89, parágrafo único, 90 e 92 do mesmo diploma legal, com espeque no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, fundamentando-se na ausência de lastro probatório suficiente para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO

afirmar que os fatos noticiados na denúncia realmente ocorreram e de ausência de dolo dos acusados de apropriarem-se ou desviarem verbas afetadas à Secretaria do Estado de Educação de Sergipe.

2. Apelados que, nos anos de 2005 e 2006, eram responsáveis legais de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIPs -, que, em conluio com agentes públicos, teriam fraudado o Termo de Parceria nº 03/05, decorrente do Convênio nº 698/2001 (FNDE/PEJA), firmado pela Secretaria de Educação de Sergipe com o Instituto Internacional de Desenvolvimento Social - IDS, que possui natureza jurídica de OSCIP, com a finalidade de contratar empresa especializada para oferecer complementação de Ensino Fundamental aos trabalhadores da área de saúde e agentes de saúde cadastrados no PROF AE - Programa de Formação de Trabalhadores na Área de Enfermagem.

3. O preceito contido nos arts. 89 e 90 da Lei nº 8.666/1993 tem como objetivo a proteção da regularidade do procedimento licitatório, em especial quanto aos princípios da competitividade e da isonomia, exigindo o art. 90, da Lei nº 8.666/93, a frustração ou a fraude à competitividade decorra do ajuste, combinação ou qualquer outro expediente. Quanto ao art. 92, da Lei nº 8.666/1993, há previsão de dolo genérico, inadmitindo culpa ou dolo eventual dirigido ao administrador desonesto e não ao supostamente inábil.

4. A jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça, a partir de 29 de março de 2012, no julgamento do "leading case", a Ação Penal n.º 480/MG, a Corte Especial do STJ, por maioria, acolheu a tese no sentido de que a tipificação do delito contido no art. 89 da Lei n.º 8.666/93 exige a concomitância do dolo específico de lesar o erário com a demonstração do prejuízo efetivo advindo da não observância do procedimento licitatório.

5. Pedido condenatório formulado pelo MPF baseado apenas nas conclusões do procedimento realizado pelo Tribunal de Contas da União acerca da suposta prática delitiva.

6. Prova produzida em Juízo que não atesta a autoria e o dolo dos Réus. Quanto ao ex-Secretário de Educação, não houve provas de que ele tomou ciência ou colaborou com as fraudes indicadas, seja por suposta dispensa de licitação, conluio para obtenção de vantagem ou pagamentos antecipado de fatura, não havendo possibilidade de condenação com base na rechaçada responsabilidade penal objetiva.

7. Em relação aos responsáveis pelo Instituto Internacional de Desenvolvimento Social, resta ausente prova suficiente para a condenação, uma vez que apresentaram diversas justificativas para rechaçar a tipicidade das condutas indicadas como irregulares pelo TCU ou o dolo de suas condutas, não havendo outras provas para sustentar um decreto condenatório seguro, sendo cabível a aplicação do "in dubio pro reo".



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO

8. Ausência de provas hábeis a atestar terem os réus agido com consciência e vontade de praticar os atos ilícitos previstos nos artigos 89, 90 e 92 da Lei nº 8.666/93. Absolvição dos Réus mantida, mormente quando não for possível a condenação criminal baseada exclusivamente em elementos de provas produzidas pelo TCU ou em âmbito policial ou administrativo de qualquer espécie. Apelação do MPF improvida (ACR13700, Rel. Des. Fed. Cid Marconi, julgado em 30 de março de 2017, publicado em 11 de abril de 2017).

Igual solução foi dada pelo Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE AO ART. 155 DO CPP. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS COLHIDAS NA FASE INQUISITORIAL E EM JUÍZO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "Nos termos do art. 155 do CPP, é vedada a condenação fundada exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial, não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa. A existência de prova judicializada a amparar a condenação afasta a violação do art. 155 do Código de Processo Penal". (AgRg no AREsp 757.610/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016). Súmula 568 do STJ.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 1096705/PR, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 13 de junho de 2017, publicado em 21 de junho de 2017).

Tecidas essas considerações, nego provimento à apelação criminal.

É como voto.

DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO COUTINHO
Relator Convocado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 14400 SE (0005242-52.2012.4.05.8500)
APTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APDO : JOSEFA MESQUITA DE SANTANA MATOS
ADV/PROC : JAILTON SANTOS MELO (SE002853) E OUTROS
APDO : PAULO CÉSAR REIS
APDO : GRACIANA RAMALHO DE CARVALHO
APDO : JORGE ADÃO TEIXEIRA
APDO : IRINEU MIGUEL MARIN RIGHI
APDO : JOSE LUIZ RODRIGUES BARROS
APDO : WEDJA MARIA DA SILVA
APDO : MARCÍRIO MARTINS PEREIRA
APDO : WINDERSON DA SILVA ARAÚJO
REPTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
APDO : EVANDRO BARBOSA DIAS
ADV/PROC : BRUNO VINICIUS SANTIAGO DE SOUSA (SE005370) E OUTROS
APDO : LINDBERGH GONDIM DE LUCENA
ADV/PROC : MADSON LIMA DE SANTANA (SE003863) E OUTRO
APDO : CARLA VALÉRIA DA SILVA RAMOS
ADV/PROC : ALDIR SOUZA FERREIRA (SE004796)
APDO : DANIEL PIGATTO PEREIRA
ADV/PROC : MÁRIO CÉSAR VASCONCELOS FREIRE DE CARVALHO (SE002725)
ORIGEM : 2ª VARA FEDERAL DE SERGIPE - SE
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO (CONVOCADO) - PRIMEIRA TURMA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DA LEI DE LICITAÇÕES. DISPENSA FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. DIRECIONAMENTO E SUPERFATURAMENTO DE PREÇOS. FRACIONAMENTO DE CERTAMES PARA BURLAR A MODALIDADE ADEQUADA. FAVORECIMENTO. PAGAMENTO ANTECIPADO DE SERVIÇOS. MALVERSAÇÃO DE VERBAS FEDERAIS. CONVÊNIOS. SECRETARIA ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. OSCIP'S. DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 89, 90 E 92, DA LEI Nº 8.666/93. IMPUTAÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ANTIGO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO). ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE. IRREGULARIDADES APONTADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. PROVAS NÃO CORROBORADAS EM SEDE JUDICIAL A SUSTENTAR UMA CONDENAÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE PROVA HÁBIL E SUFICIENTE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

1. Cuida-se de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe que, na ação penal nº 0005242-52.2012.4.05.8500, julgou improcedente os pedidos deduzidos, nos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO

termos do art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, absolvendo os acusados LINDBERGH GONDIM DE LUCENA, EVANDRO BARBOSA DIAS, JOSEFA MESQUITA DE SANTANA MATOS, PAULO CÉSAR REIS, GRACIANA RAMALHO DE CARVALHO, MARCÍRIO MARTINS PEREIRA, JORGE ADÃO TEIXEIRA, WINDERSON DA SILVA ARAÚJO, CARLA VALÉRIA DA SILVA RAMOS, DANIEL PIGATTO PEREIRA, WEDJA MARIA DA SILVA, JOSÉ LUIZ RODRIGUES BARROS e IRINEU MIGUEL MARIN RIGHI, das imputações de fraudes decorrentes da Concorrência nº 05/2006 (Convênio nº 203/2000-FNDE/PROMED), extinguindo a punibilidade em relação ao coacusado GINALDO DOMINGOS MARTINS SANTOS, diante de seu falecimento, conforme certidão de óbito, fls. 1.106/1.107, e a previsão do art. 107, inc. I, do Código Penal.

2. Em suas razões recursais, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL argumenta que: a) os conteúdos do Procedimento Investigatório Criminal nº 1.35.000.000813/2012-71, bem como da deliberação contida no Acórdão nº 65/2014-TCU-Plenário; se mostrariam suficientes a superar o fundamento, apresentado pelo douto magistrado *a quo*, de que não haveria provas além das relacionadas à apuração procedida pelo Tribunal de Contas da União, inclusive desprezando o entendimento de que o acórdão daquela corte de controle em tomada de contas especial teria valor probante; b) no caso, haveria evidências suficientes do que denominou “*promiscuidade entres as OSCIPS, situação dolosamente desconsiderada pelos agentes públicos envolvidos nos processos licitatórios examinados*”; c) seria destacada a responsabilidade de LINDBERGH GONDIM DE LUCENA em cancelar os simulacros, na medida em que, mesmo diante de orçamentos superfaturados propostos sempre pelas mesmas entidades licitantes, estas eram continuamente convidadas a participar dos certames, tendo o mencionado réu sido o responsável por homologar e adjudicar os objetos contratados, em contrariedade à legislação vigente; c) a presente persecução penal seria resultante de intensas investigações empreendidas no âmbito do Ministério Público Federal, Controladoria Geral da União e Tribunal de Contas da União, estando delineada o que denominou de complexa empreitada que atuava na Secretaria de Educação do Estado de Sergipe; d) seria necessária a condenação dos acusados, num total de quinze pessoas, no crime de quadrilha, art. 288, do Código Penal (redação anterior a Lei nº 12.850/2013 – fatos ocorridos no ano de 2005), eis que todos tinham conhecimento das respectivas contribuições à prática criminosa.

3. Consoante descrito na denúncia, os acusados teriam cometido crimes relacionados a fraudes licitatórias, com escopo de se locupletarem de verbas públicas federais destinadas à educação, atos ilícitos supostamente coordenados por LINDBERGH GONDIM DE LUCENA, então Secretário de Estado da Educação no período entre os anos de 2005 e 2006, sendo tais crimes tipificados nos arts. 89, 90 e 92, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, e no art. 288, do Código Penal. Ainda segundo a inicial, o grupo teria favorecido, de forma indevida, diversas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's), mediante: a) direcionamento e superfaturamento de preços; b) fracionamento de certames para burlar a modalidade adequada; c) dispensa de licitação fora das hipóteses legais; d) pagamento antecipado de serviços, dentre outros ilícitos; sendo que, as diversas OSCIP's envolvidas nas supostas fraudes (ATNE, CGCP,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO

ICADIS, CAPACITAR, IDS e COOPERINF), compartilhavam os mesmos representantes legais, ora compondo a direção da entidade, ora como responsáveis técnicos, ora como prestadores de serviços, ou mediante laços de parentesco, revezando-se na participação das licitações investigadas, com a anuência dos agentes públicos envolvidos, agindo em conluio.

5. Conquanto tenham sido constatadas, pelo Tribunal de Contas da União e pela Controladoria Geral da União, após análise de procedimentos licitatórios, contratos e termos de parceria, notadamente no que se refere à Concorrência nº 05/2006 (decorrente do Convênio nº 203/02-FNDE/PROJETO ALVORADA), cujo objeto era a contratação de empresa especializada para a realização de capacitação em “Prestação de Contas”; irregularidades que teriam acarretado um prejuízo de R\$ 217.625,00 (duzentos e dezessete mil, seiscentos e vinte e cinco reais) – *valor histórico de 27 de agosto de 2012, fls. 18 e 21* – mostrou-se correta a sentença ao concluir pela existência de dúvida quanto ao elemento subjetivo dos acusados, notadamente diante do fato de que o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL não se desincumbiu de corroborar em juízo os elementos indiciários originados dos relatórios do Tribunal de Contas da União.

6. Em verdade, quanto à primeira imputação – *violação ao disposto no art. 89 da Lei 8.666/93* – sequer houve a descrição de conduta tendente a perfazer o tipo (instauração de procedimento que, de forma indevida, dispense ou reconheça a inexigibilidade de licitação). Correta, pois, a absolvição de todos os réus quanto ao ponto.

7. No que se refere à conduta relacionada ao art. 90 da Lei 8.666/93, mister se faz destacar que, para além da demonstração da fraude ou frustração de procedimento licitatório, por meio de ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, necessária a comprovação do dolo específico, consistente no intuito de obtenção, para si ou para outrem, de vantagem decorrente da adjudicação do contrato. No caso ora sob exame, além de não demonstrado o alegado conluio, não foi apresentado, durante a instrução probatória, indício mínimo de perfazimento do dolo específico, relativamente ao delito, por quaisquer dos réus. Neste tocante, cabe salientar que, como bem destacado pelo douto magistrado *a quo*, o Ministério Público não pugnou pela confecção de qualquer outro meio de prova na fase judicial, tendo se limitado a apresentar, como prova de suas alegações, as conclusões constantes de acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU), bem como de Relatório da Controladoria Geral da União (CGU). Dessa forma, também se mostrou acertada a absolvição dos réus neste tocante.

8. Quanto à imputação de violação à norma contida no *caput* do art. 92 da Lei 8.666/93, mister se faz salientar que tal tipo pressupõe esteja evidenciado o dolo (genérico), não se admitindo culpa ou dolo eventual, sendo ele dirigido ao administrador (ou ao particular, no caso da segunda figura típica) desonesto, não ao inábil. Neste contexto, se mostrou absolutamente precisa a análise realizada pelo ilustre magistrado *a quo*, por ocasião da sentença, ocasião em que foi afastada (tanto em relação aos agentes públicos, como no que se refere aos agentes privados) qualquer evidência de dolo, seja no que se refere ao conluio, ou à intenção de favorecer o adjudicatário. Também quanto a este ponto, merece destaque a fragilidade da denúncia (alegações genéricas) e das provas apresentadas (essencialmente acórdão do TCU e Relatório da CGU), seja no tocante às condutas atribuídas ao ex-Secretário de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO

Educação, ao ex-Chefe da Assessoria de Planejamento da Secretaria de Educação, aos membros da Comissão de Licitação (foram unânimes em afirmar que sequer conheciam os representantes das empresas que participavam dos certames), ou ainda aos particulares. Dessa forma, cabe absolver os réus, também, desta imputação.

9. No concernente ao delito tipificado no art. 288 do Código Penal, considerada a absolvição dos réus em relação às imputações constantes dos arts. 89, 90 e 92 da Lei 8.666/93, bem como, sobretudo, não restando demonstrada a estabilidade e permanência do grupo, com o propósito de cometer crimes, impossível a condenação, também, quanto a esta figura típica.

10. À falta, nos autos, de meios probatórios hábeis a atestar terem os réus agido com consciência e vontade de praticar os atos ilícitos previsto nos arts. 89, 90 e 92 da Lei nº 8.666/1993 e art. 288 do Código Penal, forçoso concluir pela manutenção da absolvição, nos termos do disposto no inciso VII do art. 386 do CPP.

11. Apelação do Ministério Público Federal desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, DECIDE a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 04 de abril de 2019. (data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO COUTINHO
Relator Convocado