



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

ACR Nº 15154/PB

(0009570-23.2010.4.05.8200)

APTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APTE : MARCELO JOSÉ QUEIROGA MACIEL
ADV/PROC : ADEMAR RIGUEIRA NETO (PE011308) e outros
APDO : OS MESMOS
APDO : FABIO MAGNO DE ARAÚJO FERNANDES
ADV/PROC : WALTER DE AGRA JÚNIOR (PB008682) e outros
APDO : WAGNER PÉRICLES AMORIM PEREIRA
ADV/PROC : FERNANDO ANTONIO DE FIGUEIREDO PORTO (PB001383) e
outros
APDO : RICARDO MORAES DE PESSOA
ADV/PROC : EDUARDO DE ARAUJO CAVALCANTI (PB008392) e outros
ORIGEM : 16ª Vara Federal da Paraíba (João pessoa)
RELATOR : DES. FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

RELATÓRIO

O Exm^o. Sr. Desembargador Federal **EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR**
(Relator):

Cuida-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e por Marcelo José Queiroga Maciel contra sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara Federal da SJPB, a qual concluiu pela condenação deste último pelo crime de corrupção passiva (CP, art. 333), absolvendo os demais denunciados pelos crimes de formação de quadrilha, contratação com indevida dispensa de licitação e fraudes licitatórias, realizadas no âmbito do Município de João Pessoa.

Após apresentar a síntese dos fatos, o Ministério Público Federal recorre contra a absolvição dos denunciados, os quais teriam sido beneficiados pelas cessões dos contratos e consequente dispensa indevida por meio do aproveitamento do contrato administrativo 03/92, a configurar, segundo defende, o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, ante a fuga do procedimento licitatório (fl. 4802/4832, vol. 20).

Postula também a reforma da sentença na parte relativa ao superfaturamento das obras dos contratos de repasse nº 0135.887-69/01 e nº 0132.872-25/01. Com relação ao primeiro, afirma que tanto a CGU quanto a Polícia Federal encontraram sobrepreço, não devendo ser acolhida a metodologia adotada pelo decisum. No que se refere ao segundo contrato, afirma que a sua execução coube à Construtora LINK, tendo ambos os órgãos encontrado sobrepreço na sua execução. No ponto, com base no art. 231 do CPP, requereu a juntada da Informação Técnica MPF/PRPB nº 04/2017, onde se discute as supostas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

contradições entre as conclusões apresentadas pela CGU e pela Polícia Federal no caso das obras dos referidos repasses.

Por fim, requer a reforma da sentença para condenar os apelados Marcelo José Queiroga Maciel (representante da COESA), Fábio Magno de Araújo Fernandes (Diretor da CONORT), Wagner Pericles Amorim Pereira (LINK Engenharia), Ricardo Moraes Pessoa (representante da LINK) pela prática do delito tipificado no art. 89, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, na forma do art. 29 do CP, e de Marcelo José Queiroga Maciel (representante da COESA), Wagner Pericles Amorim Pereira (LINK Engenharia) e Ricardo Moraes Pessoa (representante da LINK) pela prática do crime previsto no art. 1º, I do Decreto-lei nº 201/67.

No seu recurso de apelação, o apelante Marcelo José Queiroga Maciel (fl. 4992-5036, vol. 20) alega como preliminares: (i) reabertura do prazo para eventual complementação das razões da apelação, após o fornecimento das folhas faltantes por não ter tido acesso à integralidade dos autos; (ii) violação ao devido processo legal, da ampla defesa e do princípio da paridade de armas, com a exclusão de toda a prova das medidas cautelares autorizadas ao longo dos apensos 116 a 126 e suas derivações (interceptação das comunicações telefônicas, medidas de busca e apreensão) em virtude da quebra da cadeia de custódia da prova; (iii) nulidade das interceptações das comunicações telefônicas, pela ausência de manifestação do Ministério Público a respeito dos requerimento de quebra de sigilo formulado pela Polícia Federal; (iv) nulidade do julgamento, o qual seria *extra petita*, por ofensa ao princípio da congruência ou da correlação, ante a impossibilidade de uma condenação por crime diverso do relatado na denúncia. No mérito, requer a absolvição quanto ao delito do art. 333, parágrafo único do CP, por ausência de comprovação da materialidade do crime de corrupção e de sua autoria, com base no art. 386, incs. II, V e VII do CPP.

Contrarrazões de Ministério Público Federal (fls. 5038-5050, vol. 20) e de Marcelo José Queiroga (5051-5091, fl. 20).

A Procuradoria Regional da República opinou no seguinte sentido (fl. 5095-5114, vol 20):

“3.1 – a condenação de Marcelo José Queiroga Maciel pelo crime do art. 89 e § único, em continuidade delitiva, bem como, pelo segundo, de Wagner Pércles Amorim Pereira e Fábio Magno de Araújo Fernandes;

3.2 - a condenação de Marcelo José Queiroga Maciel, Ricardo Moraes de Pessoa e Wagner Pércles Amorim Pereira pelo superfaturamento e desvio de dinheiro público, fatos realizados em colaboração com o então Prefeito Cícero Lucena;

3.3 – acaso não seja acatada a ocorrência de superfaturamento, seja mantida a condenação de Marcelo José Queiroga Maciel por corrupção ativa.”

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

À revisão.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

ACR Nº 15154/PB

(0009570-23.2010.4.05.8200)

APTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APTE : MARCELO JOSÉ QUEIROGA MACIEL
ADV/PROC : ADEMAR RIGUEIRA NETO (PE011308) e outros
APDO : OS MESMOS
APDO : FABIO MAGNO DE ARAÚJO FERNANDES
ADV/PROC : WALTER DE AGRA JÚNIOR (PB008682) e outros
APDO : WAGNER PÉRICLES AMORIM PEREIRA
ADV/PROC : FERNANDO ANTONIO DE FIGUEIREDO PORTO (PB001383) e outros
APDO : RICARDO MORAES DE PESSOA
ADV/PROC : EDUARDO DE ARAUJO CAVALCANTI (PB008392) e outros
ORIGEM : 16ª Vara Federal da Paraíba (João pessoa)
RELATOR : DES. FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
MAGISTRADO CONVOCADO: LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO

VOTO

O Exm^o. Sr. Desembargador Federal **LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO** (Relator Convocado):

Segundo a denúncia, o ex-Prefeito do Município de João Pessoa, Cícero de Lucena Filho, com o intuito de burlar a exigência de licitação, determinava a seus Secretários, o aproveitamento de certames ocorridos nos anos de 1990 e 1991, para execução de convênios e contratos de repasse com a União, realizados anos depois. Os antigos contratos eram cedidos pelas empresas vencedoras das antigas concorrências em favor de empresas indicadas pelo então Prefeito, a fim de que executassem as obras.

Para possibilitar a execução do objeto do convênio ou contrato de repasse, o Município, por meio de seus Secretários, celebravam com as empresas beneficiárias da cessão Termos Aditivos ao Termo de Cessão, ajustando os valores inicialmente previstos e modificando o objeto contratual. Também ocorria superfaturamento dos valores dos serviços, das obras e dos materiais, sendo que os fiscais da Prefeitura realizavam medições, atestando, falsamente, a realização de determinados serviços e obras, tudo com o fim de desviar os recursos federais repassados à Prefeitura.

O processo, que tinha inicialmente 37 (trinta e sete) acusados, foi remetido ao STF, tendo em vista que um dos réus (CÍCERO DE LUCENA FILHO) ocupava o cargo de Senador Federal. O Supremo, por sua vez, determinou o desmembramento em relação ao réu com foro por prerrogativa, devolvendo os autos à primeira instância para prosseguimento em relação aos demais.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Com o retorno, foi determinado outro desmembramento do processo, agrupando-se os acusados conforme o “perfil” dos réus (políticos, empresários, fiscais).

Como resultado do desmembramento do processo original, neste processo foram mantidos aos réus MARCELO JOSÉ QUEIROGA MACIEL, FABIO MAGNO DE ARAUJO FERNANDES, WAGNER PERICLES DE AMORIM PEREIRA, RICARDO MORAIS PESSOA e RAIMUNDO MARIO MARTINS DE ANDRADE, todos representantes das empresas que cederam e/ou receberam em cessão e executaram as obras. Com relação a este último, RAIMUNDO MARIO MARTINS DE ANDRADE, o juízo *a quo* determinou sua exclusão do polo passivo, em cumprimento à decisão do STJ, proferida no HC 250.020.

Em relação aos outros acusados, a denúncia apresentou os seguintes fatos:

1. MARCELO JOSÉ QUEIROGA MACIEL, na qualidade de representante da COESA:

- a) participou da cessão do contrato de execução das obras financiadas pelo convênio 91/00 em favor de COJUDA;
- b) participou da cessão do contrato de execução das obras financiadas pelo contrato de repasse 0132872-25/2001 em favor da LINK;
- c) *para execução do contrato de repasse 0135.887-69/01, a cargo da COESA, foi aproveitada licitação antiga (concorrência 06/91), vencida por ela própria;*
- d) Na execução da obra do contrato de repasse 0135.887-69/01, houve superfaturamento de R\$ 108.916,99, detectado pela CGU mediante confronto dos preços pagos à COESA com os do SINAP; a perícia da Polícia Federal (laudo 2399/05, fls. 1670/1698), por sua vez, constatou superfaturamento de R\$ 291.140,00, dos quais R\$ 80.888,99 foram de serviços não executados, atestados pelo fiscal ROBERTO FLÁVIO.
- e) participou da cessão do contrato de execução das obras financiadas pelo contrato de repasse 0068.740-83/98 em favor da COJUDA;
- f) *participou da cessão do contrato de execução das obras financiadas pelo contrato de repasse 0091.965-44/99 em favor da COJUDA (fl. 145/147, apenso XVIII);*
- g) participou da cessão do contrato de execução das obras financiadas pelo contrato de repasse 0091.965-44/99 em favor da da CONORT (fl. 224/226, apenso XVIII);
- h) Havia contabilidade paralela no escritório da COESA, pela qual se fazia controle dos percentuais incidentes sobre valores recebidos pelas obras e serviços, e que eram destinados à integrantes do esquema criminoso, tal como CÍCERO LUCENA ("Discípulo", "CL"), para qual há o lançamento de R\$ 57.400,00 e "DC" (não identificado) para qual há lançamento de R\$



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

100.000,00. Pessoas com codinomes "Cunhado", "Dominó" e o próprio "Discípulo" recebiam, a título de "comissão", percentuais de 3%, 7% e 10%
i) participou da cessão do contrato de execução das obras financiadas pelo contrato de repasse 125460-08/01 (fl. 81, apenso I, vol.1 - vide item 4.4 da denúncia) .

j) encontra-se como incurso nas penas do Artigo 288 do Código Penal e art. 1º, inciso I, segunda parte, do Decreto-lei 201/67, c/c arts. 29, 30, 69 (em concurso material por, no mínimo, cinco vezes) do Código Penal, bem como Artigos 89, 92, parágrafo único, 93 e 96, V da Lei 8.666/93 (em concurso material por, no mínimo, cinco vezes), c/c arts. 29 e 69 do Código Penal Brasileiro.

2. FABIO MAGNO DE ARAUJO FERNANDES, na qualidade de representante da CONORT:

a) Assinou, como cessionário, a cessão da obra relativa ao contrato de repasse 0091.965-44/99;

b) Na execução do contrato de repasse (também executado pela COJUDA) a CGU identificou sobrepreço de R\$ 1.288.706,74, e falta de retenção do INSS de R\$ 580.948,16.

c) Interceptações telefônicas demonstram intimidade de FABIO com CÍCERO LUCENA, além da necessidade de pagamento de propina para adquirir obras e fraudar licitações em outros Estados.

d) encontra-se como incurso no artigo 288 do Código Penal e art. 1º, inciso I, segunda parte, do Decreto-lei 201/67, c/c arts. 29, 30, 69 do Código Penal, bem como nos artigos 89, 92, parágrafo único, 93 e 96, V da Lei 8.666/93, c/c arts. 29 e 69 do Código Penal Brasileiro.

3. WAGNER PERICLES DE AMORIM PEREIRA e RICARDO MORAIS PESSOA, na qualidade de representante da Link Engenharia:

a) Participaram, como cessionários, a cessão da obra relativa ao contrato de repasse 0132.872-25/01;

b) Em 30.12.2002, houve modificação do objeto do contrato cedido, aumentando a quantidade e incluindo serviços não previstos no termo inicial de cessão (fls. 118, apenso I, vol. 1) em percentual de 65%;

c) Na execução da obra, a CGU constatou superfaturamento no valor de R\$ 550.873,42, mediante confronto entre preços praticados pela Link com os preços do SINAP (exceto metro cúbico do concreto betuminoso usinado a quente, que teve seu valor de mercado aferido através de composição de preços);

d) Laudo 218/2006-INC identificou sobrepreço de R\$ 222.461,90;

e) A planilha de serviços e preços anexa ao Termo de Cessão foi analisada em 02.05.2002 pela Caixa, antes da assinatura do referido termo (30.09.2002).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

f) estão incurso na penas dos crimes dos artigo 288 do Código Penal; art. 1º, inciso I, segunda parte, do Decreto-lei 201/67; bem como nos artigos 89, 92, parágrafo único, 93 e 96, V da Lei 8.666/93, todos c/c arts. 29, 30 e 70 (concurso formal de crimes) do Código Penal Brasileiro.

Na decisão que recebeu a denúncia, proferida em 13/08/2010, foi decretada a prescrição quanto ao delito do art. 93 da Lei nº 8.666/93. Também se reconheceu litispendência em relação à ação penal 0009632-34.2008.4.05.8200, no que toca à imputação do cometimento do delito do art. 89 da Lei nº 8.666/93, precisamente para os fatos relacionados ao contrato 03/92 e convênio 91/00, firmado pelo Município de João Pessoa com a EMBRATUR.

Por sua vez, a sentença, no mesmo sentido já exposto na exceção de litispendência 0002418-84.2011.4.05.8200, reconheceu a litispendência para excluir deste processo os seguintes fatos:

- a) Cessão de direitos da COESA (MARCELO) para COJUDA, relativo ao contrato de repasse 0068740-83/98, para obras de infraestrutura coletiva e segurança viária (interligação das avenidas Barreto Sobrinho, Tancredo Neves, Ayrton Sena, pavimentação e acesso ao Conjunto Padre Ibiapina e recapeamento asfáltico) - LITISPENDÊNCIA quanto a MARCELO;
- b) Cessão de direitos entre COESA (MARCELO) e Construtora Plena (SYLVIO), relativo ao Convênio 91/00, para obras de infraestrutura na orla marítima - LITISPENDÊNCIA quanto a MARCELO (SYLVIO responde à ação penal 0009655-09.2010.4.05.8200);
- c) Cessão de direitos entre COESA (MARCELO) e LINK ENGENHARIA (RICARDO), relativo ao contrato de repasse 0132872-25/2001 para urbanização da orla de João Pessoa - LITISPENDÊNCIA quanto a MARCELO E RICARDO;
- d) CESSÃO de direitos entre COESA (MARCELO) e CONORT (FABIO) , para execução dos serviços de terraplanagem e pavimentação asfáltica, contrato de repasse 0091.965-44/99 - LITISPENDÊNCIA quanto a MARCELO E FÁBIO.

Em relação à participação do réu MARCELO JOSÉ QUEIROGA MACIEL nas cessões não abrangidas pela litispendência (*contrato de repasse 0091.965-44/99 e 125460-08/01*), e à falta de licitação para execução da obra do *contrato de repasse 0135.887-69/01*, a sentença, entendendo que as hipóteses melhor se amoldariam ao tipo do art. 92 da Lei 8.666/93, decretou a extinção da punibilidade pela prescrição (art. 107, IV do CP), em razão da pena máxima prevista no tipo em abstrato.

Prosseguindo, julgou parcialmente procedente a denúncia apenas para condenar MARCELO JOSÉ QUEIROGA MACIEL pelo crime de corrupção ativa (art. 333, do CP), em relação ao contrato de repasse 0135.887-69/01, por aplicação da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

emendatio libelli (art. 383, do CPP); absolvendo ele e os outros em relação aos demais crimes previstos na denúncia.

Feita esta breve introdução, passo à análise das preliminares levantadas nos recursos.

DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E DO CERCEAMENTO DE DEFESA (PEDIDO DE REABERTURA DE PRAZO)

Em seu apelo, o réu Marcelo José Queiroga Maciel sustenta que estariam faltando folhas nos anexos do presente processo, razão pela qual solicita a reabertura do prazo para complementação das razões do recurso, após sua integralização. Subsidiariamente, alega a ocorrência da quebra da cadeia de custódia da prova, bem como a violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório, da paridade de armas e do devido processo legal, diante da perda de parte dos documentos que deveriam compor o presente processo, requerendo a decretação da nulidade das medidas cautelares atingidas e de todos os atos delas subsequentes e consequentes, a teor do art. 157, §§ 1º e 2º do CPP.

A cadeia de custódia é todo o procedimento usado com escopo de manter e documentar a história cronológica da descoberta das provas e dos elementos informativos. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade (RHC 77.836/PA, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 05/02/2019).

A teoria da quebra da cadeia da custódia da prova é frequentemente alegada quando não é disponibilizado para defesa o franqueamento da integralidade do acervo probatório utilizado pela acusação. Mas não foi isso o que aconteceu nestes autos.

Com efeito, o que ocorreu foi um problema relacionado à própria digitalização e envio dos anexos do processo para esta instância, que não chegaram a ser enviados fisicamente em razão da sua utilização em outras ações penais, conforme determinado na sentença, *in verbis*:

(...)

159. Tendo-se em vista que os apensos (físicos) atendem também a outras ações penais desmembradas, juntem-se após esta sentença CD contendo as digitalizações dos apensos.

(...)

Portanto, o réu teve amplo acesso a todo o acervo probatório durante toda a instrução penal. Tanto é assim, que apenas neste momento, por ocasião do recurso,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

é que a defesa veio apresentar esta alegação. Assim, entendo que não restou caracterizada a quebra da cadeia de custódia.

Quanto ao alegado cerceamento do direito de defesa (a violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório, da paridade de armas e do devido processo legal) nesta fase recursal, verifico que, no caso concreto, o apelante, quando de sua manifestação, não chegou a indicar de forma precisa qual seria a importância do referido documento para fins recursais. Limitou-se a informar, após várias idas e vindas do processo, que ainda faltariam algumas páginas de outros apensos, protelando a apresentação das razões recursais por mais de um ano.

É preciso destacar que, após duas manifestações sobre a ausência de documentos, que foram devidamente diligenciadas junto ao juízo *a quo*, o apelante manifestou-se, mais uma vez, informando que ainda estaria faltando o apenso 09.

Nesta ocasião, a defesa já tinha toda a documentação necessária para apresentar suas razões, tanto que solicitou apenas a abertura de prazo suplementar para nova manifestação, quando da juntada do referido apenso. Portanto, fica claro que a defesa sequer tem certeza se estes documentos iriam influir na sua manifestação.

Além disso, após a juntada do apenso 09, a defesa, novamente intimada, informou que estariam faltando folhas em vários outros anexos (116, 117, 119, 121, 122, 32, 70, 71, 77, 78, 82, 83 e 93). Neste caso, é evidente a preclusão, visto que naquela última manifestação a defesa sequer falou destes outros anexos, sendo incabível nova abertura de prazo para complementação das suas razões. Deveria, portanto, naquela ocasião, indicar tudo aquilo que ainda estava faltando nos autos, em homenagem aos princípios da boa-fé e lealdade processual.

Não há nem como alegar que houve tempo hábil para análise dos documentos, visto que, conforme já dito, o adiamento da apresentação das razões do recurso durou mais de um ano.

Assim, diante da preclusão apresentada, bem como da ausência de indicação do prejuízo enfrentado, afasto a preliminar.

DA NULIDADE POR AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DO MPF PARA A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

O apelante Marcelo José Queiroga Maciel questiona a validade das interceptações telefônicas, em razão da ausência de manifestação do Ministério Público dos requerimentos de quebra de sigilo formuladas pela Polícia Federal. Sustenta que, apesar de não se excluir a possibilidade legal conferida à autoridade policial de representar por determinadas medidas cautelares, a representação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

destina-se apenas à apreciação inicial do titular da *opinio delicti* (Ministério Público), não podendo ser autorizada pelo Poder Judiciário sem a anuência e o controle de legalidade feito pelo *parquet*.

Sem razão o apelante. Não há previsão legal ou jurisprudencial que referende esta nulidade. Com efeito, o art. 3º, I, da Lei 9296/96 expressamente autoriza o pedido realizado diretamente pela autoridade policial, restringindo-o ao curso da investigação criminal, como de fato ocorreu. Não há, nessa lei, nenhum dispositivo que obrigue, antes da prolação da decisão, a remessa da representação policial ao Ministério Público, tampouco que condicione o deferimento da medida à concordância do *parquet*. Nesse sentido, precedente do STJ:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. OPERAÇÃO G7. PRÉVIO MANDAMUS JULGADO. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. VIA INADEQUADA. TRÂMITE DO FEITO. INAUGURAL COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. DECLINAÇÃO PARA A JUSTIÇA ESTADUAL. MEDIDAS CAUTELARES DETERMINADAS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, BUSCA E APREENSÃO, PRISÃO. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL PELA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUTOS REDISTRIBUÍDOS À ESFERA FEDERAL. ATOS PRÁTICADOS PELA JUSTIÇA ESTADUAL. COMPETÊNCIA À ÉPOCA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TEORIA DO JUÍZO APARENTE. APLICABILIDADE. DETERMINAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. QUEBRA DE SIGILO E BUSCA E APREENSÃO. MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA. PECHA. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO INSURGÊNCIA POSTERIOR DO PARQUET. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO

(...)

4. *A ausência de prévia oitiva do Ministério Público para as determinações de quebra de sigilo telefônico e de busca e apreensão não redundam em pecha, haja vista que as medidas podem ser decretadas de ofício pela autoridade judicial, consoante preceituam os artigos 3.º da Lei n.º 9.296/1996 e 242 do Código de Processo Penal, avultando-se, ademais, que o Parquet, tomando ciência das diligências, não apontou qualquer eiva no deferimento/execução das medidas cautelares.*

5. *Habeas corpus não conhecido.*

(HC 367.956/AC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016).

Afasto, portanto, a preliminar.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. CONDENAÇÃO POR CRIME DISTINTO DO RELATADO NA INICIAL ACUSATÓRIA JULGAMENTO EXTRA PETITA

Neste ponto, o apelante Marcelo José Queiroga Maciel pretende a declaração de nulidade da sentença no tocante à sua condenação pelo crime previsto no art. 333, parágrafo único, alegando que se trata de julgamento *extra petita*. Segundo ele, a denúncia jamais narrou a conduta de corrupção, assim como ao longo do processo, nenhum elemento apontou para esta conduta. Alega que no caso concreto não se trata de nenhuma das exceções ao princípio da congruência, não havendo erro na capitulação legal apontada pelo MPF na denúncia, tampouco fato novo surgido no curso do processo a justificar a *mutatio libelli*.

Em sede de preliminar, sem adentrar no mérito deste crime, entendo como possível a nova capitulação jurídica que foi objeto de *emendatio libelli*. Com efeito, ao proferir a sentença, o magistrado pode atribuir aos fatos descritos na denúncia a definição jurídica que entender correta, contanto que esteja limitado à narrativa do MPF, contida na peça preambular da ação penal proposta. Sobre o ponto, veja-se o que estabelece o art. 383 do CPP, *in verbis*:

(...)

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.

(...)

A previsão tem como fundamento jurídico dois brocardos consagrados em nosso ordenamento jurídico – o *jura novit cúria* (o juiz conhece o Direito) e o narra *mihi factum dabo tibi jus* (narra-me os fatos que te darei o Direito).

No caso, conforme destacado na sentença, a denúncia afirma que foram apreendidos, na sede da COESA (representante MARCELO) documentos que comprovam existência de contabilidade paralela, pela qual se fazia controle dos percentuais incidentes sobre valores recebidos pelas obras e serviços, e que eram destinados à integrantes do esquema criminoso, tal como CÍCERO LUCENA ("Discípulo", "CL"), para qual há o lançamento de R\$ 57.400,00 e "DC" (não identificado) para qual há lançamento de R\$ 100.000,00. Pessoas com codinomes "Cunhado", "Dominó" (não identificados) e o próprio "Discípulo" recebiam, a título de "comissão", percentuais de 3%, 7% e 10%.

Todos estes fatos estão devidamente narrados nos itens 3.10 e 4.4 da denúncia, conforme faço destacar abaixo:

(...)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

3. DO DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS

(...)

3.10 – Considerações acerca da documentação apreendida no escritório da COESA/OAS:

Diversas transcrições de conversas telefônicas demonstraram que a prática de superfaturamento era coisa habitual na administração de CICERO LUCENA (f. 1397), assim como eram corriqueiras as "regularizações" de documentação referentes aos convênios mantidos com a União (f. 1395). O fato é que o esquema montado pelo ex-Prefeito Cicero Lucena, juntamente com sua quadrilha de secretários, empresários, servidores públicos e outros personagens não menos importantes, dedicava-se a manipular toda a aplicação de recursos públicos do erário federal destinados a obras e serviços no município de João Pessoa, evidenciando que, no decurso do seu mandato eletivo, o ex-Prefeito transformou a prefeitura pessoense num verdadeiro balcão de negócios, num grande jogo de cartas marcadas.

Por outro lado, conforme apurado pela Polícia Federal. O relacionamento do Sr. Cicero Lucena com as empresas por ele escolhidas e contratadas não se restringia a alguma espécie de "gentileza desinteressada", vez que as referidas manobras de burla ao processo licitatório e de contratações absolutamente irregulares visavam satisfazer o interesse econômico de todos os participantes, inclusive, é claro, dele próprio.

Nesse sentido, a documentação apreendida no escritório da COESA (f.1448/1529) revelou a existência de uma contabilidade paralela, pela qual se fazia o controle dos percentuais incidentes sobre os valores recebidos pelas obras e serviços decorrentes dos convênios/contratos de repasse, e que eram destinados a diversas pessoas que compunham o esquema criminoso.

Dentre essas pessoas, que eram identificadas através de codinomes, ou por meio de suas iniciais, encontramos o denunciado Cicero Lucena, ora chamado de "DISCIPULO", ora rotulado de "CL". As movimentações entre os valores pagos a título de "comissão" eram Controladas como verdadeiras contas correntes, que ora podiam estar apresentar saldo positivo, ora podiam apresentar saldo negativo.

(...)

4 – DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS

(...)

4.4 – MARCELO JOSÉ QUEIROGA MACIEL (CPF: 373.849.614-91)

(...)

Marcelo Queiroga tinha consciência da qualidade de prefeito de Cícero Lucena, sendo que, através de seus atos, possibilitou que este (Cícero) desviasse as verbas públicas federais transferidas por meio de convênios ou contratos de repasse.

Conforme já mencionado acima, Marcelo Queiroga mantinha uma "contabilidade paralela", conde controlava os recursos advindos dos Contratos de Repasse firmados entre a União e vários entes da Federação, dentre os quais o município de João Pessoa, inclusive



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

alguns daqueles cujas obras foram adjudicadas sem licitação para sua empresa COESA, nos moldes discutidos na presente denúncia. No referido “controle Contábil”, destacavam-se valores percentuais atribuídos a diversas pessoas, através de codinomes, entre elas o acusado Cícero Lucena, ali conhecido como “CL” ou “Discípulo”. Desse modo, incontestável a relação espúria entre o denunciado Queiroga e a máfia instalada dentro da prefeitura pessoense, dedicados a fraudar o erário federal, na forma já amplamente discutida. (...)

Assim, não procede a alegação de que se trata de fatos novos, visto que a sentença apenas corrigiu a capitulação do fato contido na denúncia (desvio de recursos públicos), entendendo ser caso de corrupção ativa (art. 333 do CP), não havendo, portanto, violação ao princípio da congruência, que preconiza que o acusado defende-se dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação jurídica nela estabelecida.

Afastada a preliminar, passo, enfim, ao exame do mérito.

MÉRITO

DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DESCRITA NO ART. 89 PARA O 92 DA LEI 8.666/93

Em seu recurso o Ministério Público Federal alega que não seria cabível a desclassificação do crime do art. 89 para o art. 92 da Lei das Licitações. Argumenta que, se pratica o crime aquele que formalizou o procedimento licitatório de dispensa/inexigibilidade fora das hipóteses permitidas pela lei, muito mais o pratica aquele que dispensa/inexige a licitação foram das hipóteses legais sem sequer formalizar qualquer procedimento. Sustenta que, mesmo seguindo-se o raciocínio da sentença, resta claro que os agentes públicos envolvidos no esquema criminoso, no mínimo, deixaram de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade de licitação, configurando a conduta descrita no art. 89 da Lei 8.666/93.

De início, cabe destacar, que o Ministério Público Federal, quando de seu recurso, gerou uma certa confusão ao incluir no seu pedido contratos de repasse que não fazem parte deste processo, como por exemplo o CR nº 0091965-44/99, que, conforme dito acima, foi excluído deste processo em razão do reconhecimento da litispendência. Pelo visto, não foi caso de impugnação da própria decretação da litispendência, visto que, em relação ao Contrato de Repasse nº 0068740-83/98, o órgão ministerial faz menção à decisão do juízo a quo, reconhecendo a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

litispendência. Assim, o referido julgado refere-se apenas àqueles contratos mencionados acima, que não foram objeto de exclusão.

Adentrando no tema, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região caminha no sentido de que o ilícito do art. 89 da Lei 8666/93 somente é aplicável nos casos em que tenha havido procedimento formal e indevido de dispensa ou inexigibilidade de licitação, o que não ocorreu no caso. De fato o ocorreu foi o aproveitamento de certames ocorridos nos anos de 1990 e 1991, para execução de convênios e contratos de repasse com a União, realizados anos depois, por meio da cessão dos contratos pelas empresas vencedoras das antigas concorrências. Não houve, portanto, nenhum procedimento formal de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Neste sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. AQUISIÇÃO DE BENS PELO ENTE MUNICIPAL SEM A REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO. CRIME FORMAL. IMPUTAÇÃO DO CRIME DE DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI (ART. 89 DA LEI N.º 8.666/93). DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 1º, XI, DO DL 201/67.

- O crime de aquisição de bens sem licitação ou com fraude à licitação se aperfeiçoa com a mera dispensa ou a afirmação de que o certame é inexigível. Cuida-se de crime formal, cuja consumação se dá com a mera violação do dever de impessoalidade da Administração Pública, não sendo exigida a ocorrência de efetivo prejuízo.

- Hipótese em que o réu, na condição de Prefeito Municipal, autorizou o dispêndio de recursos de origem da União, sem procedimento licitatório, para a locação de veículos e aquisição de combustível.

- De uma vez que o prefeito-réu não dispensou nem reconheceu inexigível a licitação ou deixou de cumprir formalidades necessárias para tanto, não se tem por aperfeiçoado o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, pois não houve um ato formal nesse sentido. A dispensa e a inexigibilidade são institutos jurídicos abordados nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, respectivamente, não se confundindo com a mera não realização da licitação, o que foi praticado pelo réu.

- A conduta do réu, considerado o princípio da legalidade estrita, subsume-se ao crime do art. 1º, XI, do Decreto-lei nº 201/67, que tem a seguinte redação: "adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei". O termo concorrência deve ser entendido, na espécie, como licitação, já que quando editado o Decreto-lei nº 201/67, estava em vigor a Lei nº 4.370/64, a qual previa a figura da "concorrência" como único procedimento de disputa para seleção daquele a ser contratado pelos órgãos federais (art. 1º, caput e parágrafo 1º, e art. 4º, parágrafo 3º).

- O tipo do art. 1º, XI, do Decreto-lei nº 201/67, único ao qual se subsume com perfeição a conduta imputada ao réu, contém norma penal dirigida



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

especificamente aos gestores municipais, o que, ante o princípio da especialidade, afastaria a incidência das regras penais gerais previstas nos artigos 89 e 90 da Lei nº 8.666/93, ainda que houvesse conflito aparente de normas. Precedente: TRF5, APN170/PB, Des. Fed. Rubens de Mendonça Canuto, Pleno, DJE 11/11/2015.

- Desclassificação da conduta descrita na denúncia para a prevista no art. 1º, inciso XI, do Decreto-lei nº 201/67. Fixação da pena definitiva de 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção, tendo em vista o reconhecimento da continuidade delitiva.

- Provimento, em parte, do apelo do Ministério Público Federal.

(PROCESSO: 201384040000464, ACR - Apelação Criminal - 12359, DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO, Quarta Turma, JULGAMENTO: 19/01/2016, PUBLICAÇÃO: DJE - Data::04/02/2016 - Página::112)

Por conseguinte, fica mantido o reconhecimento da prescrição nos termos da sentença, sendo desnecessária a análise dos demais pontos ventilados nas apelações/contrarrazões, relativos ao dolo ou à legalidade das cessões realizadas.

**SUPERFATURAMENTO DAS OBRAS DO CONTRATO DE REPASSE
0135.887-69/01 E 0132.872-25/01**

O Ministério Público Federal, em seu apelo, pretende, ainda, a reforma da sentença quanto à parte relativa ao superfaturamento das obras dos contratos de 0135.887-69/01 e 0132.872-25/01. Segundo ele, o juízo a quo incorreu em erro ao confrontar o Relatório da CGU e o Laudo da Polícia Federal, pois as duas conclusões levaram em consideração parâmetros distintos. Como reforço, requereu a juntada da Informação Técnica MPF/PRPB nº 04/2017, na qual o Analista de Engenharia Civil do MPF discorreu a respeito das supostas contradições entre as conclusões apresentadas pela CGU e pela Polícia Federal no caso das obras do referidos contratos de repasse.

De início, entendo como plenamente admissível a juntada da Informação Técnica MPF/PRPB nº 04/2017 nesta fase processual, nos termos do art. 231 do CPP. Com efeito, a interpretação que a jurisprudência empresa ao dispositivo direciona-se no sentido de mitigar-lhe a literalidade, admitindo o oferecimento, mesmo na via recursal, desde que: seja concedida à parte contrária a possibilidade de manifestar-se a respeito; e não tenha caráter meramente protelatório. Assim, além de não enxergar qualquer má-fé ou intuito protelatório na referida juntada, é possível entender que foi devidamente oportunizada a manifestação da defesa quando de suas contrarrazões.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Dito isso, com relação ao alegado superfaturamento das obras dos contratos de 0135.887-69/01 e 0132.872-25/01, entendo como acertada a sentença ao concluir pela sua ausência, com absolvição dos acusados da prática do crime previsto no artigo I, inciso I, do Decreto-Lei 201/67. Isso porque, no cotejo entre os valores apurados pelas perícias da CGU e Polícia Federal, foi possível verificar diversos itens com sobrepreço apenas para uma das perícias, enquanto a outra reconhecia que os valores estavam corretos, ou mesmo abaixo do preço de mercado. Assim, o que a sentença fez foi uma interpretação "*in dubio pro reu*", de forma a reduzir a abrangência do alegado superfaturamento, para abarcar somente aqueles itens para os quais tanto a CGU quanto a Polícia Federal encontraram divergências para com o SINAPI.

Sobre o ponto, entendo oportuno transcrever os trechos da sentença que tratam destes contratos:

(...)

Superfaturamento na obra do contrato de repasse 0135.887-69/01

81. *No item 1.5.3, a denúncia menciona que a COESA - ao executar a obra de reestruturação, urbanização, interligação e adequação de vias financiada com recursos do contrato de repasse 0135.887-69/01 - a superfaturou. A CGU apurou diferenças de preços com os praticados pelo SINAPI no valor total de R\$ 108.916,99, ao passo que a Polícia Federal, no Laudo 2399/05 (fls. 1670/ss, do IPL 289/05, 7º vol; ou apenso STF/07), encontrou superfaturamento de R\$ 291.140,00, também tomando-se como base o SINAPI.*

82. *O laudo da Polícia Federal é mais completo, porque, além da comparação de preços entre os praticados no contrato e os do SINAPI, a os peritos da PF realizaram medições para aferir os quantitativos executados.*

83. *De saída, destaca-se que a comparação com o SINAPI não pode ser levada a ferro e fogo visto que, na época dos pagamentos à COESA (março/2002, vide fl. 1692/IPL 289/05, 7º vol.) tal banco de dados de preços ainda não era obrigatório, o que somente veio a ocorrer alguns meses mais tarde, com o advento da Lei 10.5247, de 25 de julho de 2002.*

84. *Curioso que, mesmo focando-se exclusivamente no comparativo de preços (contrato X SINAPI), não há coincidência completa entre as apurações da CGU e da Polícia Federal; façamos o cotejo entre o que foi apurado por cada órgão (CGU e PF CGU e PF- serão transcritos apenas os itens nos quais, pelo menos em uma das avaliações, tenha se apurado sobrepreço).*

(...)

85. *Veja-se que para diversos itens a CGU não encontrou diferença de preços, ao passo que a Polícia Federal encontrou; e vice-versa. Não foi elucidado no processo o motivo de divergência, tendo o MPF lançado na denúncia apenas dois valores de estimativas de superfaturamento, como se uma conclusão referendasse a outra.*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

86. *Importante registrar que ambos trabalhos visaram comparar preços praticados no contrato com aqueles previstos no SINAPI, a preços de março de 2002, mas ninguém explicou no processo porque cada órgão encontrou distorções em itens diferentes e preços diferentes.*

87. *Os depoimentos das testemunhas (peritos criminais federais) Pedro de Sousa Oliveira Junior e Donaldson Resende Soares (fls. 4036/17º volume) não desceram a tais detalhes, tendo eles prestado informações de caráter geral, sendo que Pedro havia feito outras três perícias na Operação Confraria, ao passo que Donaldson havia participado de duas.*

88. *Nesse sentido, numa interpretação "in dubio pro reu", deve ser feita uma primeira redução da abrangência do alegado superfaturamento, para abarcar somente aqueles itens para os quais tanto a CGU quanto a Polícia Federal encontraram divergências para com o SINAPI.*

89. *Outra solução não caberia. Não há como este Juízo considerar que houve superfaturamento, por exemplo, no item "locação de rede" (drenagem), apontado pela Polícia Federal como superior ao SINAPI, se a CGU, ao fazer a análise do mesmo item, não considerou que o preço estivesse excessivo.*

90. *Seguindo-se a mesma linha de raciocínio, dentro deste universo reduzido de itens nos quais houve apontamentos tanto pela CGU quanto pela PF, em alguns casos houve indicação, por parte de uma ou outra, de que o SINAPI implicaria em preço superior ao praticado; razão pela qual também para estes itens não se considerará, obviamente, que houve superfaturamento.*

91. *Feita esta segunda depuração, restaram apenas 3 itens nos quais tanto PF, quanto GCU, apontaram superfaturamento de preços. Diante da divergência de preços do SINAPI apresentados pelas duas, será considerado, em favor do réu, o maior valor.*

92. *Em síntese, fazendo-se as interseções entre os preços, para constatação se houve superfaturamento:*

i. Primeiramente, eliminam-se os itens nos quais a CGU ou a Polícia Federal acataram os preços, mantendo-se em análise somente aqueles itens para os quais tanto a CGU quanto a Polícia Federal encontraram divergências para com o SINAPI (negritei na coluna "especificação" os itens eliminados);

ii. Na sequência, eliminam-se os itens nos quais houve apontamentos, por uma ou outra, de que o SINAPI implicaria em preço superior ao praticado (em destaque em sombreado nas colunas de preços);

iii. Feita esta segunda depuração, restaram apenas 3 itens nos quais tanto PF, quanto GCU, apontaram superfaturamento de preços (linhas integralmente sombreadas na tabela acima). Diante da divergência de preços do SINAPI apresentados pelas duas, será considerado, em favor do réu, o maior valor.

93. *Segue tabela apurativa do sobrepreço final:*

(...)

94. *Desta feita, tendo-se em vista que o valor total pago à LINK ENGENHARIA foi de R\$ 1.034.188,63 (um milhão trinta e quatro mil cento e*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

oitenta e oito reais e sessenta e três centavos) (conforme laudo 2399/2005), o sobrepreço acima apurado é de apenas 4,0% (quatro por cento) do valor do contrato.

95. Como visto, o SINAPI não era referência obrigatória na época dos fatos, o que não o torna completamente inválido para fins de orientação neste julgamento sobre o panorama do preço de mercado na época. Ou seja, como sua utilização não era obrigatória, a superação do SINAPI não deve levar, automaticamente, à conclusão de superfaturamento; de outro lado, o SINAPI pode servir como balizador para avaliação de razoabilidade dos preços cobrados. Nesse sentido, comprovado que pagamento a maior do que o SINAPI em valor correspondente a 4,0% do contrato, não seria razoável concluir que houve superfaturamento.

96. Em síntese, quanto ao aspecto dos preços, não considero que haja prova suficiente para concluir pelo superfaturamento da obra.

(...)

Modificação de Objeto e Superfaturamento na obra do contrato de repasse 0132.872-25/01

(...)

114. Quanto ao superfaturamento, diferentemente do contrato de repasse 0135.887-69/01, a denúncia embasou-se exclusivamente no levantamento feito pelo GCU (grosso modo, comparação de preços praticados com os do SINAPI), não tendo sido levado em consideração o Laudo 218/2006- INC11. Desta feita, o laudo INC 218/2006 será avaliado única e exclusivamente para se descobrir se ele referenda ou contradiz as conclusões da CGU, mas não para trazer aos autos informações outras não contidas na denúncia.

115. Quanto aos custos da obra, o Laudo 218/2006 - INC concluiu, em síntese:

i) há várias planilhas no processo, sendo que a "Planilha orçamentária aprovada" (IPL 289, apenso V : fls. 43 e ss do vol. 1; 1186 e ss do vol. 5) é a que mais se assemelha àquelas utilizadas para as medições dos serviços ;

ii) esta planilha originou-se de reformulação de outras, visando à adequação ao projeto de urbanização da orla e realinhamento de preços pela Caixa Econômica Federal, utilizando-se como base o SINAPI;

iii) para aferir se os preços pagos estavam compatíveis com os do mercado na época, os peritos compararam os preços unitários constantes da "planilha orçamentária aprovada" com aqueles obtidos no SINAPI e SICRO2, data base março/2002;

iv) na comparação dos preços unitários praticados no contrato com os preços de referência, houve distorções para mais e para menos;

v) feita análise de preços considerando-se as quantidades de serviços medidas, houve sobrepreço da ordem de 9,31%, ou R\$ 222.461,90, conforme anexo I.

116. Pois bem, demonstrado o panorama geral da conclusão da Polícia Federal, novamente se afere descompasso entre as apurações da CGU e da Polícia Federal; façamos o cotejo entre o que foi apurado por cada órgão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

(CGU e PF- serão transcritos apenas os itens nos quais, pelo menos em uma das avaliações, tenha se apurado sobrepreço).

(...)

117. Fazendo-se as mesmas interseções da avaliação anterior desta sentença, para constatação se houve superfaturamento:

iv. Primeiramente, eliminam-se os itens nos quais a CGU ou a Polícia Federal acataram os preços, mantendo-se em análise somente aqueles itens para os quais tanto a CGU quanto a Polícia Federal encontraram divergências para com o SINAPI (negritei na coluna "especificação" os itens eliminados);

v. Na sequência, eliminam-se os itens nos quais houve apontamentos, por uma ou outra, de que o SINAPI implicaria em preço superior ao praticado (em destaque em sombreado nas colunas de preços);

vi. Feita esta segunda depuração, restaram apenas 7 itens nos quais tanto PF, quanto GCU, apontaram superfaturamento de preços (linhas integralmente sombreadas na tabela acima). Diante da divergência de preços do SINAPI apresentados pelas duas, será considerado, em favor do réu, o maior valor.

118. Segue tabela apurativa do sobrepreço final:

(...)

119. Desta feita, tendo-se em vista que o valor total pago à LINK ENGENHARIA foi de R\$ 2.994.636,57 (dois milhões, novecentos e noventa e quatro mil seiscentos e trinta e seis reais e cinquenta e sete centavos) (conforme laudo 218/2006), o sobrepreço acima apurado é de apenas 5,1% (cinco vírgula um por cento) do valor do contrato.

120. Como visto, o SINAPI não era referência obrigatória na época dos fatos, o que não o torna completamente inválido para fins de orientação neste julgamento sobre o panorama do preço de mercado na época. Ou seja, como sua utilização não era obrigatória, a superação do SINAPI não deve levar, automaticamente, à conclusão de superfaturamento; de outro lado, o SINAPI pode servir como balizador para avaliação de razoabilidade. Nesse sentido, comprovado que pagamento a maior do que o SINAPI em valor correspondente a 5,1% do contrato, não seria razoável concluir que houve superfaturamento.

(...)

Como reforço, com base no mesmo princípio do *in dubio pro reu*, seria possível inclusive computar no valor total apurado, aqueles itens em que pelo menos um dos órgãos reconheceu que o valor ficou abaixo do preço de mercado, o que não foi feito pela sentença, que apenas desconsiderou estes itens.

Ainda em seu recurso, o Ministério Público, com relação ao contrato de repasse n. 0135.887-69/01, tenta fazer prevalecer as conclusões da perícia realizada pela Polícia Federal, ao argumento de que o trabalho desenvolvido pelos peritos policiais contou com muito mais recursos e justificativas técnicas, sendo preferível ao trabalho desenvolvido pela CGU. Já com relação ao contrato de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

repassse nº 0132.872-25/01, a denúncia embasou-se exclusivamente no levantamento feito pelo GCU, não tendo levado em consideração o laudo da Polícia Federal.

Interessante notar que, em relação ao primeiro contrato, a perícia da Polícia reconheceu um superfaturamento maior que a CGU, enquanto no segundo a CGU foi quem reconheceu o maior valor de superfaturamento. Assim, a forma de escolha do Ministério Público não parece ter sido feita com base em critérios técnicos, e sim pelo valor que se mostrou mais desfavorável ao réu.

Portanto, não pode prosperar a tentativa de fazer prevalecer uma só das perícias, não havendo motivo para afastar qualquer delas, visto que todas as duas foram apresentadas como corretas por ocasião da denúncia, não tendo havido, ainda durante a instrução, pedido de realização de novas perícias.

Além disso, a informação Técnica vem reforçar este argumento, pois conclui não ser possível afirmar, com precisão necessária, se a CGU ou a PF cometeu algum equívoco quando da estimativa de valor, não havendo como afastar qualquer delas.

Ora, se dois órgãos técnicos do Estado, como a Polícia Federal e a CGU, não são capazes de entrar em consenso sobre quais deveriam ser os valores utilizados para os serviços contratados, mormente quando se utilizam do mesmo sistema de pesquisa (SINAP) - sistema estes que sequer era obrigatório à época -, como poderiam exigir dos réus esta capacidade.

Ainda quanto ao ponto, a própria Informação Técnica juntada pelo MPF informa que os serviços elencados nas planilhas das obras contratadas, em grande parte dos casos, não possuem descrição idêntica aos serviços apresentados pela tabela SINAPI, podendo-se chegar a valores distintos, a depender dos critérios utilizados para realizar tal analogia.

Desse modo, seria possível concluir que, o estimado superfaturamento dependeria apenas da escolha dos peritos, que poderiam entender por um superfaturamento menor ou maior a depender dos parâmetros escolhidos por estes mesmo mesmos profissionais, e não com base naquilo que ocorreu no plano dos fatos, o que seria inadmissível.

Por fim, no que se refere aos aspectos quantitativos, que não foram sequer objeto de impugnação no recurso do MPF, a sentença acertadamente entendeu por considerar a perícia da Polícia Federal, visto que somente ela fez medições na obra executada. No entanto, também quanto a este aspecto, não foram encontrados superfaturamento que justificassem a alegação de pagamento indevido e/ou desvio de dinheiro público.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Portanto, mantida a absolvição pela prática do crime previsto no artigo I, inciso I, do Decreto-Lei 201/67, nos termos da sentença.

DO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA (ART. 333 DO CÓDIGO PENAL)

O réu Marcelo José Queiroga Maciel defende em seu apelo a sua absolvição do crime de corrupção passiva, pois a sua condenação apenas teria se baseado em pura presunção do juízo *a quo*, inexistindo prova da materialidade delitiva. Diz ainda que diante da fragilidade do acervo probatório deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro reu*.

Com efeito, a sentença recorrida, aplicando o instituto da *emendatio libelli*, condenou o réu pela prática do crime de corrupção ativa, nos moldes do art. 333 do Código Penal, com base na documentação apreendida na sede da COESA (vencedora da “licitação guarda-chuva” realizada em 1991 – responsável pela execução do contrato de repasse 0135.887-69/01) que comprovariam a existência de contabilidade paralela pela qual se fazia controle dos percentuais incidentes sobre os valores recebidos pelas obras e serviços, e que eram destinados a integrantes do esquema criminoso, tal como Cícero Lucena (“Discípulo”, “CL”), para qual há o lançamento de R\$57.400,00 e “DC” (não identificado) para o qual há lançamento de R\$100.000,00. Pessoas com codinomes “Cunhado”, “Dominó” (não identificados) e o próprio “Discípulo” recebiam, a título de “comissão”, percentuais de 3%, 7% e 10%.

A sentença tomou como certo que o valor de R\$55.970,90, informado na documentação, de “redução CL” foi destinado a Cícero Lucena porque, na sequência do documento há apuração de tal valor como devido a DISCIPULO, codinome pelo qual Cícero Lucena era mencionado nas conversas interceptadas. Para DISCIPULO, teria sido pago o percentual de 3% (três por cento) sobre R\$1.204.303,43 sendo que, entre créditos e débitos, totalizou R\$55.970,90 a pagar.

No caso concreto, entendo que não há provas suficientes nos autos para autorizar um decreto condenatório. Isso porque o que se têm são apenas documentos colhidos em sede de inquérito policial, sem comprovação de quem os produziu, e sem outras provas minimamente consistentes de corroboração. Também não foram confirmados nos interrogatórios ou nos depoimentos de testemunha. As conversas interceptadas apenas indicaram o codinome do prefeito municipal, tratado como discípulo, não havendo nenhum diálogo sobre recebimento de valores ilícitos.

Em casos muito mais robustos de que o atual, em que se tem a própria confissão de um dos réus em colaboração premiada, a jurisprudência dos Supremo Tribunal Federal tem entendido pela inadmissibilidade da utilização de documentos produzidos pelos próprios colaboradores enquanto provas de suas alegações:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

EMENTA Inquérito. Corrupção passiva (art. 317, § 1º, CP). Corrupção ativa (art. 333, caput, CP). Lavagem de dinheiro majorada (art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98). Denúncia. Parlamentar federal. Suposto envolvimento em esquema de corrupção de agentes públicos relacionado à Diretoria de Abastecimento da Petrobras. Solicitação de vantagem indevida, com desdobramento em pagamentos fracionados. Recebimento em espécie e por meio de contratos fictícios. Alegação de incompetência do relator. Distribuição por prevenção. Matéria que deve ser alegada no primeiro momento em que o interessado se pronunciar nos autos. Fatos apurados nas mesmas circunstâncias. Conexão probatória e intersubjetiva. Artigos 80 e 83 do CPP. Esgotamento temporal das penas impostas no acordo de colaboração. Aferição em momento processual posterior. Busca e apreensão em escritórios de advocacia. Possibilidade. Requisitos analisados quando do deferimento da medida. Preclusão. Inviolabilidade relativa. Incidência da causa de aumento de pena do delito de lavagem de dinheiro prevista no § 4º do art. 1º da Lei nº 9.613/1998. Habitualidade descrita na denúncia. Inépcia da denúncia não configurada. Concurso de pessoas. Descrição suficiente. Enquadramento como autores ou partícipes. Irrelevante. Ausência de dolo e consciência da ilicitude. Matérias afetas ao mérito. Preliminares rejeitadas. Inexistência de justa causa para a ação penal. Imputação calcada em depoimentos de réus colaboradores. Ausência de provas minimamente consistentes de corroboração. Documentos produzidos pelos próprios colaboradores. Inadmissibilidade. Registros de entrada, saída e deslocamentos. Ausência de elementos concretos que tornem indúvidosa a materialidade. Fumus commissi delicti não demonstrado. Falsidade ideológica dos contratos. Ausência de lastro mínimo quanto ao liame subjetivo. Não demonstração, em termos probatórios, da alegada ligação entre o escritório de advocacia e o apontado real beneficiário dos valores por ele intermediados. Denúncia rejeitada (art. 395, III, CPP). 1. Como prevenção é matéria que deve ser alegada no primeiro momento em que se pronunciar nos autos a parte por ela teoricamente atingida, de igual modo, a ausência de prevenção - quando em face dela tiver sido determinada a distribuição - também é matéria a ser de logo apontada. 2. Os fatos apurados nas mesmas circunstâncias têm sido reiteradamente tratados em inquéritos distribuídos por prevenção, porque incidem na hipótese regras que os enquadrariam em caso de conexão probatória e intersubjetiva (ainda que se adotasse a separação em face do número de investigados envolvidos, a teor do art. 80, CPP), e porque medidas decisórias prévias, na espécie, atraem a incidência do art. 83 do CPP. 3. O alegado esgotamento temporal das penas impostas previstas no acordo de colaboração premiada deve ser aferido em fase processual posterior. Na presente fase, é prematura a análise, sob essa perspectiva temporal e tendo em vista a ausência de juntada, de eventuais certidões de trânsito em julgado das ações em que se teria atingido o máximo patamar sancionatório pactuado. 4. No caso, a presença dos requisitos da busca e apreensão foi



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

*exaustivamente analisada quando do deferimento da medida. Preclusa a questão pela ausência de irresignação no prazo legal para o recurso cabível. 5. Ademais, a inviolabilidade profissional do advogado não é absoluta (HC 91610, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 22/10/10; Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 26/3/10), de modo que o próprio Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994) permite que a autoridade judiciária competente, em decisão motivada, decrete a quebra da prerrogativa (art. 7º, § 6º, da Lei 8.906/1994). A vedação constante da parte final do referido dispositivo não se estende "a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa a quebra da inviolabilidade" (art. 7º, § 7º, da Lei 8.906/1994). 6. Em tese, teórica e descritivamente, da narrativa dos fatos é possível extrair a característica da habitualidade, elementar prevista no § 4º do art. 1º da Lei 9.613/98, na medida em que são atribuídas condutas supostamente criminosas da mesma espécie ao longo do tempo. 7. Da longa exposição descritiva constante na inicial, que esmiuçou os laços alegadamente mantidos entre os acusados e em qual medida teriam contribuído para as supostas práticas criminosas, é possível constatar que o concurso de agentes (ou de pessoas) está descrito, indicando-se o grau de envolvimento de cada um dos acusados nos diversos crimes narrados. Não é relevante, nesse momento processual, a definição se os acusados se enquadram no conceito de autores ou de partícipes dos crimes que lhes foram imputados. 8. Não há como acolher alegações de "erro de tipo" – por desconhecimento da ilicitude (do conteúdo recebido ou da origem dos recursos) - ou de atipicidade - por ausência de dolo -, como se fossem questões teóricas, ou seja: de falha descritiva. Trata-se de questões afetas ao mérito e não de inépcia da denúncia, quando a descrição é satisfatória nesse quesito, como ocorre no caso, em que há expressa menção à participação consciente dos acusados. 9. Para o recebimento da denúncia, exige-se "a demonstração – fundada em elementos probatórios mínimos e lícitos – da realidade material do evento delituoso e da existência de indícios de sua possível autoria" (Inq 3.507/MG, Plenário, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 11/6/14). 10. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. 11. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*. 12. O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria. 13. Se "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador" (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação. 14. No caso concreto, faz-se referência a documentos produzidos pelos próprios colaboradores, a exemplo de anotações, registros em agenda eletrônica e planilhas de contabilidade informal. A jurisprudência da Corte é categórica em excluir do conceito de elementos de corroboração documentos elaborados unilateralmente pelo próprio colaborador. Precedentes. 15. Demais registros colhidos no decorrer das investigações, por si sós, não comprovam a materialidade dos delitos imputados aos acusados. Quanto muito possibilitam inferências e ilações no sentido de que os acusados mantinham algum contato, ou que fizeram deslocamentos mencionados pelos colaboradores, mas não bastam para tornar estreme de dúvidas a materialidade especificamente das condutas criminosas imputadas aos denunciados. 16. Analisando os elementos probatórios para além das colaborações, não há indícios de autoria em relação ao Senador Ciro Nogueira Lima Filho quanto a esse fato (supostos contratos fictícios), carecendo, portanto, de justa causa as imputações de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro subjacentes a essa narrativa, pela ausência de lastro mínimo probatório quanto ao liame subjetivo. 17. Mesmo que admitida a probabilidade da versão no tocante à falsidade ideológica dos contratos como base para o alegado repasse de recursos ilícitos, ainda assim a acusação não logrou demonstrar, minimamente, em termos probatórios, a alegada ligação entre o escritório de advocacia e o apontado real beneficiário dos valores por ele intermediados, o que seria imprescindível no contexto da imputação (de corrupção e lavagem) delineada na denúncia. 18. Denúncia rejeitada na íntegra, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal. (Inq 4074, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 14/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 16-10-2018 PUBLIC 17-10-2018)

As planilhas apreendidas não indicam claramente quaisquer detalhes sobre a origem, a forma, o local ou as pessoas envolvidas diretamente na entrega dos valores, gerando dúvidas relevantes sobre a própria ocorrência do fato.

Além disso, a quebra do sigilo bancário do ex-prefeito Cícero Lucena - que teria supostamente recebido a propina - não confirmou nenhuma irregularidade. Também não foi constatado nenhum superfaturamento da obra que teria sido objeto deste crime.

Assim, à mingua de maiores subsídios probatórios, em homenagem ao princípio constitucional da presunção de inocência, reconheço que, *in casu*, inexistem provas suficientes da materialidade e autoria delitivas, devendo o réu ser absolvido, com fulcro no art. 386, II, do CPP.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Com essas considerações, DOU PROVIMENTO à apelação do réu MARCELO JOSÉ QUEIROGA MACIEL, para absolvê-lo da prática do delito tipificado no art. 333, do Código Penal, com fulcro no art. 386, II, do CPP; e NEGO PROVIMENTO à apelação do Ministério Público Federal.

É como voto.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

ACR Nº 15154/PB

(0009570-23.2010.4.05.8200)

APTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APTE : MARCELO JOSÉ QUEIROGA MACIEL
ADV/PROC : ADEMAR RIGUEIRA NETO (PE011308) e outros
APDO : OS MESMOS
APDO : FABIO MAGNO DE ARAÚJO FERNANDES
ADV/PROC : WALTER DE AGRA JÚNIOR (PB008682) e outros
APDO : WAGNER PÉRICLES AMORIM PEREIRA
ADV/PROC : FERNANDO ANTONIO DE FIGUEIREDO PORTO (PB001383) e
outros
APDO : RICARDO MORAES DE PESSOA
ADV/PROC : EDUARDO DE ARAUJO CAVALCANTI (PB008392) e outros
ORIGEM : 16ª Vara Federal da Paraíba (João pessoa)
RELATOR : DES. FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
MAGISTRADO CONVOCADO: LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS INTERPOSTAS PELA DEFESA E PELO MPF. CRIMES OCORRIDOS NA EXECUÇÃO DE CONVÊNIOS ENTRE ENTIDADES FEDERAIS E O MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA/PB. PRELIMINARES: QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. AFASTAMENTO. MANUTENÇÃO DA IMPUTAÇÃO NA CONDUTA DESCRITA NO ART. 92 DA LEI 8.666/93. ASÊNCIA DE ELEMENTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO TIPO PREVISTO NO ART. 89 DA LEI 8.666/90. SUPERFATURAMENTO DAS OBRAS NÃO CONFIGURADO. EMENDATIO LIBELLI. CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA. AUSÊNCIA DE PROVA. ABSOLVIÇÃO. PROVIMENTO DO APELO DA DEFESA. APELAÇÃO DO MPF NÃO PROVIDA.

1. Cuida-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e por M.J.Q.M., em face de sentença que, após aplicar a *ementatio libelli* e concluir pela não configuração de superfaturamento nas obras, condenou o ora apelante pelo crime de corrupção ativa (CP, art. 333), absolvendo os demais denunciados pelos crimes de formação de quadrilha, contratação com indevida dispensa de licitação e fraudes licitatórias, supostamente ocorridas no âmbito do Município de João Pessoa/PB. Ainda por ocasião da sentença, restou consignado que, as condutas consistentes na participação do ora apelante nas cessões dos contratos, aliada à falta de licitação para execução das obras, justificaria a configuração do tipo do art. 92 da Lei 8.666/93, o que teve, por consequência, a extinção da punibilidade pela prescrição, considerada a pena em abstrato (art. 107, IV do CP).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

2. A presente ação penal é resultado do desmembramento de feito em que foram denunciadas 37 (trinta e sete) pessoas, sendo que, nestes autos, foram mantidos, apenas, uma parte dos representantes das empresas que cederam e/ou receberam as obras mediante cessão e as executaram. Segundo o relato constante da denúncia, o ex-Prefeito do Município de João Pessoa/PB, com o intuito de burlar a exigência de licitação, teria determinado a seus Secretários o aproveitamento de certames ocorridos nos anos de 1990 e 1991, para efeito de possibilitar a execução de convênios e contratos de repasse com a União, realizados anos depois. Na oportunidade, os antigos contratos seriam cedidos pelas empresas vencedoras das antigas concorrências em favor de empresas indicadas pelo então Prefeito, a fim de que executassem as obras. Ainda conforme a inicial acusatória, a execução do objeto do convênio ou contrato de repasse se dava com a celebração, pelos Secretários Municipais, juntamente com as empresas beneficiárias da cessão, de Termos Aditivos ao Termo de Cessão. Na ocasião, seriam realizados ajustes nos valores inicialmente previstos, com modificação do objeto contratual, superfaturamento dos valores dos serviços, das obras e dos materiais, sendo que cabia aos fiscais da Prefeitura realizar medições, atestando, falsamente, a realização de determinados serviços e obras, tudo com o fim de desviar os recursos federais repassados à Prefeitura.

3. Em suas razões recursais, pugna o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pelo afastamento da prescrição, sob o argumento de que estaria configurado crime previsto no art. 89, caput e parágrafo único da Lei nº 8.666/93, na medida em que a realidade teria evidenciado a ocorrência de contratações diretas, escondidas sobre uma licitação e uma posterior contratação sem objeto. Bem assim, pretende o reconhecimento do superfaturamento dos Contratos de Repasse nº 0135. 887-69/01 e nº 0132. 872-25/01, com condenação dos réus pelo crime do art. 1º, inciso I, segunda parte, do Decreto-lei 201/67.

4. Por sua vez, o réu M.J.Q.M., em seu recurso, defende, a título de preliminares: (i) necessidade de reabertura do prazo para eventual complementação das razões da apelação, em razão da existência de folhas faltantes nos anexos do processo; (ii) nulidade em razão da violação ao devido processo legal, da ampla defesa e do princípio da paridade de armas, quebra da cadeia de custódia da prova; (iii) nulidade das interceptações das comunicações telefônicas, pela ausência de manifestação do Ministério Público a respeito dos requerimento de quebra de sigilo formulado pela Polícia Federal; (iv) nulidade do julgamento (extra petita), por ofensa ao princípio da congruência ou da correlação, ante a impossibilidade de uma condenação por crime diverso do relatado na denúncia. No mérito, requereu a absolvição quanto ao delito previsto no art. 333, parágrafo único do CP, por ausência de comprovação da materialidade do crime de corrupção e de sua autoria.

5. *"A cadeia de custódia da prova consiste no caminho que deve ser percorrido pela prova até a sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência indevida durante esse trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade."*

BRHG 77/836/PA, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 05/02/2019). No entanto, a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

situação fática retratada na presente ação penal é absolutamente diversa e está relacionada a um problema (efetivamente ocorrido na digitalização e envio dos anexos do processo para esta instância. Na hipótese, não constam dos autos o inteiro teor dos pedidos apresentados e decisões proferidas no anexo relativo às interceptações telefônicas, os quais não chegaram a ser enviados fisicamente em razão da sua utilização em outras ações penais desmembradas. Em outras palavras, não houve omissão ou fragmentação quanto aos próprios áudios objeto das interceptações.

6. Não se identifica cerceamento do direito de defesa (violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório, da paridade de armas e do devido processo legal), na medida em que o ora apelante sequer se animou a indicar, de forma precisa, qual seria a importância, dos referidos documentos (páginas de apensos), para fins recursais. Em verdade, após várias idas e vindas dos autos entre a primeira e a segunda instância, a última manifestação foi no sentido de que ainda faltariam algumas páginas de outros apensos, o que protelou a apresentação das razões recursais por mais de um ano. Dessa forma, em que pese se tenha identificado uma falha na digitalização e organização das peças processuais, não se a tem como relevante para efeito de acarretar prejuízo ao ora apelante, ao qual cabia, como atuação a concretizar a boa-fé processual, indicar tudo aquilo que ainda estava faltando nos autos.

7. Não acarreta nulidade a ausência de prévia oitiva do Ministério Público para as determinações de quebra de sigilo telefônico. O art. 3º, I, da Lei 9296/96, expressamente autoriza que o pedido seja realizado diretamente pela autoridade policial, restringindo-o ao curso da investigação criminal, como ocorreu no caso. Não há, na referida lei, nenhum dispositivo que obrigue, antes da prolação da decisão, a remessa da representação policial ao Ministério Público, tampouco que condicione o deferimento da medida à concordância do parquet. Precedente do STJ.

8. O princípio da congruência preconiza que o acusado se defende dos fatos descritos na denúncia, e não da capitulação jurídica nela estabelecida. Assim, para que esse princípio seja respeitado, é necessário apenas que haja a correlação entre o fato descrito na peça acusatória e o fato pelo qual o réu foi condenado, sendo irrelevante a menção expressa na denúncia de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena. No caso, a questão que levou à conclusão pela configuração do delito de corrupção ativa foi narrada na denúncia, verbis: "*Havia contabilidade paralela no escritório da COESA, pela qual se fazia controle dos percentuais incidentes sobre valores recebidos pelas obras e serviços, e que eram destinados à integrantes do esquema criminoso, tal como CÍCERO LUCENA ("Discípulo", "CL"), para qual há o lançamento de R\$ 57.400,00 e "DC" (não identificado) para qual há lançamento de R\$ 100.000,00. Pessoas com codinomes "Cunhado", "Dominó" e o próprio "Discípulo" recebiam, a título de "comissão", percentuais de 3%, 7% e 10%*", não tendo a *emendatio* constituído, em si, violação à legislação, na medida em que ausente inovação fática.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

9. Com relação ao crime licitatório, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região caminha no sentido de que, o ilícito previsto no art. 89 da Lei 8666/93, somente é aplicável nos casos em que tenha sido instaurado procedimento formal e indevido de dispensa ou inexigibilidade de licitação, o que não ocorreu no caso. No caso, o que se teve foi o aproveitamento de certames ocorridos nos anos de 1990 e 1991, para efeito de viabilizar a execução de convênios e contratos de repasse com a União, realizados anos depois, por meio da cessão dos contratos pelas empresas vencedoras das antigas concorrências.

10. No tocante ao alegado superfaturamento das obras dos contratos de nº 0135.887-69/01 e 0132.872-25/01, mostrou-se acertada a sentença ao concluir pela ausência de provas neste sentido, com absolvição dos acusados da prática do crime previsto no artigo I, inciso I, do Decreto-Lei 201/67. Isso porque, no cotejo entre os valores apurados pelas perícias realizadas pela CGU e pela Polícia Federal, foi possível verificar diversos itens com sobrepreço apenas para uma das perícias, enquanto a outra reconheceu que os valores estavam corretos, ou mesmo abaixo do preço de mercado, sendo a absolvição, no caso, uma expressão da aplicação do princípio "*in dubio pro reu*".

11. No concernente ao crime de corrupção ativa (art. 333 do código penal), não se identifica acervo probatório suficiente para autorizar um decreto condenatório. Em verdade, o que se tem são apenas documentos colhidos em sede de inquérito policial, sem comprovação de quem os produziu, estando ausentes, ademais, quaisquer outros elementos de prova consistentes e aptos a confirmar o conteúdo das inscrições constantes da planilha objeto de medida de busca e apreensão. Não houve confirmação em sede de interrogatório ou nos depoimentos das testemunhas ouvidas, cabendo salientar que, os diálogos objeto de interceptação telefônica, não trazem qualquer menção sobre recebimento de valores ilícitos. Bem assim, cabe salientar que, a quebra do sigilo bancário, igualmente não confirmou qualquer pagamento que pudesse ser tido como vantagem indevida.

12. Provimento da apelação do réu, para absolve-lo da condenação pelo delito de corrupção ativa. Desprovimento da apelação do MPF.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, DAR PROVIMENTO ao recurso do réu e NEGAR PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público Federal, nos termos do voto do Relator.

Recife (PE), 12 de novembro de 2019 (data do julgamento).

Desembargador Federal **LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO**
Relator Convocado