



PROCESSO Nº: 0003238-80.2014.4.05.8400 - **AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: LEONARDO JUSTIN CARAP

ADVOGADA: Natasha Rangel Rosso Nelson

ADVOGADO: Sebastião Félix dos Santos

ADVOGADO: Leonardo Monteiro Villarinho

ADVOGADO: Daniel Rousseau Lacerda de França

RÉU: ANTÔNIO CARLOS DE OLIVEIRA JÚNIOR

ADVOGADO: Luciano Fernandes Pires

RÉ: MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO LIMA NOGUEIRA

ADVOGADO: Edson Gutemberg de Sousa Filho

ADVOGADO: João Elídio Costa Duarte de Almeida

ADVOGADO: Igor Bezerra dos Santos

RÉ: ANNIE AZEVEDO DA CUNHA LIMA

ADVOGADO: Marcos Aurélio Santiago Braga

RÉ: ELIZAMA BATISTA DA COSTA

ADVOGADO: Sebastião Félix dos Santos

RÉU: TUFI SOARES MERES

ADVOGADO: Fabiano Falcão de Andrade Filho

ADVOGADO: Rafael Luiz Duque Estrada

RÉ: ROSIMAR GOMES BRAVO E OLIVEIRA

ADVOGADO: Luciano Fernandes Pires

RÉ: MÔNICA SIMÕES ARAÚJO E NARDELLI

DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL: Matheus Rodrigues Marques

RÉU: ALEXANDRE MAGNO ALVES DE SOUZA

DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL: Matheus Rodrigues Marques

RÉU: CARLOS FERNANDO PIMENTEL BACELAR VIANA

ADVOGADO: Bruno Pacheco Cavalcanti

RÉU: THIAGO BARBOSA TRINDADE

ADVOGADO: Fabiano Falcão de Andrade Filho

RÉU: MIGUEL HENRIQUE OLIVEIRA WEBER

ADVOGADO: Jonas Antunes de Lima Neto

RÉ: MICARLA ARAÚJO DE SOUSA WEBER

ADVOGADO: Flaviano da Gama Fernandes

RÉU: THOBIAS BRUNO GURGEL TAVARES

ADVOGADO: Thyago Amorim Silva Cândido de Araújo

RÉU: JONEI ANDERSON LUNKES

ADVOGADO: Marlon Charles Bertol

2ª VARA FEDERAL - RN (JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO)

SENTENÇA

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO E DE FRAUDE À LICITAÇÃO. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. CONTRATOS DE GESTÃO. DECISÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS. DELITO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS. IMPROCEDÊNCIA.

Havendo o escoamento do prazo fixado em lei para o exercício do *jus puniendi* estatal em relação a um dos réus, em razão de sua idade, ocorre a prescrição, extinguindo-se sua punibilidade, com fulcro nos arts. 107, inciso IV, e 115, ambos do Código Penal.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº. 1923/DF, foi categórico em afirmar que o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988 não se aplica à hipótese dos contratos de gestão, pelas próprias peculiaridades de tal instrumento,

razão pela qual reconheceu não ser obrigatório, da forma como disciplinado na Lei nº. 8.666/93, o dever de licitar nesses casos.

As condutas criminosas narradas na denúncia (montagem fraudulenta de chamamento público e fraude ao caráter competitivo de processo seletivo) não se amoldam à descrição típica presente nos arts. 89 e 90 da Lei nº. 8.666/93, respectivamente, pois referidos tipos penais dizem respeito a licitações e contratações por essa lei albergadas, dentre as quais não se engloba o processo seletivo específico dos contratos de gestão.

O Direito Penal brasileiro é regido, dentre outros, pelos princípios da reserva legal e da anterioridade, pelos quais "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", de modo que é vedada ao aplicador da lei a interpretação extensiva da norma incriminadora *in malam partem* para punir fatos que não foram descritos expressamente em lei penal anterior à ocorrência dos fatos.

Atipicidade das condutas relacionadas aos processos seletivos, em razão da impossibilidade de enquadramento nas descrições típicas dos arts. 89 e 90 da Lei nº. 8.666/93 e da proibição de interpretação extensiva em detrimento do réu.

O fato de ter existido uma única organização social interessada em participar de processo seletivo promovido pela Administração Municipal, sendo, ao final, declarada vencedora por ter preenchido os requisitos exigidos, não eiva o procedimento de vícios, cumprindo o Poder Público, pelo menos de acordo com os elementos jungidos aos autos, os trâmites da lei municipal e do edital próprio da seleção, com estrita obediência aos princípios capitulados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Falsidade ideológica não caracterizada.

Extinção da punibilidade pela prescrição em relação a um dos réus e improcedência da pretensão punitiva estatal quanto aos demais.

I - RELATÓRIO

Trata-se de Ação Penal proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em desfavor de MICARLA ARAÚJO DE SOUZA WEBER, brasileira, casada, jornalista, nascida em 15 de abril de 1970, filha de Miriam Garcia de Araújo Sousa, portadora do CPF nº: 701.788.874-04; MIGUEL HENRIQUE OLIVEIRA WEBER, brasileiro, casado, radialista, nascido em 08 de maio de 1970, filho de Luzinete Alves de Oliveira Weber, portador do CPF nº: 440.286.875-00; THIAGO BARBOSA TRINDADE, brasileiro, solteiro, funcionário público, nascido em 29 de maio de 1977, filho de Liana Barbosa Trindade, portador do CPF nº: 026.192.594-60; ALEXANDRE MAGNO ALVES DE SOUZA, brasileiro, casado, Procurador do Município de Natal/RN, nascido em 13 de abril de 1971, filho de Antônia Maria da Cunha e de Raimundo Alves de Souza, portador do CPF nº: 790.799.464-00; THOBIAS BRUNO TAVARES GURGEL, brasileiro, solteiro, advogado, nascido em 28 de dezembro de 1984, filho de Lenise Maria Gurgel Tavares, portador do CPF nº: 011.715.654-02; CARLOS FERNANDO PIMENTEL BACELAR VIANA, brasileiro, casado, nascido em 02 de outubro de 1974, filho de Erika Pimentel Bacelar Viana, portador do CPF nº: 557.081.963-00; ANNIE AZEVEDO DA CUNHA LIMA, brasileira, casada, natural de Natal/RN, nascida em 26 de agosto de 1970, filha de Maria Gleide Moraes de Azevedo, portadora do CPF nº: 498.371.254-20; MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO LIMA NOGUEIRA, brasileira, funcionária pública, nascida em 05 de junho de 1961, filha de

Ismaelita Lima Nogueira, portadora do CPF nº: 254.302.894-34; ELIZAMA BATISTA DA COSTA, brasileira, funcionária pública, nascida em 17 de julho de 1961, filha de Alice Batista da Costa, portadora do CPF nº: 307.338.554-15; TUFÍ SOARES MERES, brasileiro, casado, médico, nascido em 18 de setembro de 1951, filho de Diva Soares Meres, portador da Cédula de Identidade Civil nº: 52-25237-2, expedida pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro - CREMERJ, e do CPF nº: 116.860.657-87; ROSIMAR GOMES BRAVO DE OLIVEIRA, brasileira, casada, empresária, nascida em 31 de maio de 1968, filha de Dorca Maria Gomes Bravo, portadora do CPF nº: 002.179.437-56; ANTÔNIO CARLOS DE OLIVEIRA JÚNIOR, vulgo MANINHO, brasileiro, casado, empresário, nascido em 08 de fevereiro de 1964, filho de Celina de Souza Oliveira, portador do CPF nº: 776.389.727-91; MÔNICA SIMÕES ARAÚJO E NARDELLI, brasileira, casada, empresária, nascida em 07 de março de 1983, filha de Sônia Maria Simões de Araújo, portadora do CPF nº: 094.431.757-03; LEONARDO JUSTIN CARAP, brasileiro, casado, empresário, nascido em 08 de agosto de 1953, filho de Júlia Carap, portador do CPF nº: 500.674.947-49; e JONEI ANDERSON LUNKES, brasileiro, casado, empresário, nascido em 20 de fevereiro de 1974, filho de Maria Terezinha Lunkes, portador do CPF nº: 915.007.969-72, representados nos autos por advogados constituídos e pela Defensoria Pública da União, no intuito de vê-los condenados, por decreto jurisdicional emanado deste Juízo, nas sanções dos artigos 89, *caput* e parágrafo único, e 90, da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, e 299, *caput* e parágrafo único, do Código Penal.

De acordo com a denúncia, os réus teriam, em outubro de 2010, dispensado indevidamente licitação para a contratação da empresa Associação Marca para Promoção de Saúde com o objetivo de administrar ambulatórios médicos especializados - AMEs no bairros de Nova Natal, Planalto e Brasília Teimosa, em Natal/RN, montando fraudulentamente o processo administrativo nº. 04407/2010-25, uma que a empresa já teria sido escolhida antes mesmo do início da disputa, com a confecção, em especial, de ata falsa de sessão de julgamento do certame.

Aduziu também o órgão ministerial que os réus teriam, em dezembro de 2010, frustrado o caráter competitivo do processo seletivo nº. 002/2010, que culminou com a contratação da empresa Associação Marca para Promoção de Saúde para gerenciar a unidade de pronto-atendimento - UPA Dr. Ruy Pereira dos Santos, no bairro de Pajuçara, também na capital potiguar, após a desistência "por motivos de força maior" do Instituto Pernambucano de Assistência e Saúde - IPAS, primeiro colocado na competição.

Tais condutas, ainda segundo o Ministério Público Federal, teriam ocasionado um prejuízo aos cofres públicos na ordem de R\$ 55.421.869,32 (cinquenta e cinco milhões quatrocentos e vinte e um mil oitocentos e sessenta e nove reais e trinta e dois centavos), valor corrigido e monetariamente atualizado na data da denúncia e correspondente ao montante recebido pela empresa Associação Marca em decorrência dos dois procedimentos administrativos fraudados mencionados na peça acusatória.

A denúncia foi recebida em 25 de setembro de 2014 (fl. 26 de 105 do ID: 4058400.3146585).

Às fls. 38/39 do mesmo ID, o órgão ministerial pediu a retificação de pedido constante na denúncia, o que foi acolhido à fl. 40.

Citados, os réus apresentaram respostas, arguindo as seguintes teses:

1) MARIA DO PERPÉTUO NOGUEIRA (fls. 65/78 de 105 do ID: 3146585): preliminar de inépcia da denúncia, pela generalidade dos termos. No mérito, alegou ter, de fato, participado de sessão de julgamento de licitação, por compor comissão escolhida para tal, não tendo, por consequência, praticado a conduta criminosa que lhe foi atribuída, até porque não tinha conhecimento de esquema criminoso algum na SMS;

2) ELIZAMA DA COSTA (fls. 79/103 de 105 do ID: 3146585): aduziu ser servidora do Município de Natal há 32 (trinta e dois) anos, que sempre se guiou pela probidade no serviço público e que não cometeu o crime de falsidade ideológica, pois sua nomeação e participação em comissão de licitação foram pautadas na

legalidade;

3) THIAGO TRINDADE (fls. 01/12 de 87 do ID: 3146587): preliminar de inépcia da denúncia, pela não individualização das condutas. No mérito, asseverou que não existiu o crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das situações consentidas pela Lei nº. 8.666/93 e que a denúncia não indicou o expediente fraudulento nem a ausência de competitividade no outro certame licitatório objeto desta ação, tampouco fez referência ao prejuízo material que o erário sofreu com a alegada fraude;

4) MIGUEL WEBER (fls. 13/35 de 87 do ID: 3146587): preliminar de inépcia da denúncia, pela não descrição pormenorizada das condutas supostamente criminosas. No mérito, afirmou que, apesar de ter ostentado, no período declinado na denúncia, a condição de esposo da corré MICARLA DE SOUZA, Prefeita de Natal/RN à época, não teve qualquer envolvimento em atos de administração ou decisórios no tocante à contratação de empresas relacionadas à gestão municipal no lapso de 2009 a 2012, não praticando, portanto, os delitos apontados na denúncia. Pugnou pela aplicação do princípio da consunção entre o crime de falsidade ideológica e o do art. 89 da Lei nº. 8.666/93;

5) ANNIE AZEVEDO (fls. 38/86 de 87 do ID: 3146587): preliminares de cerceamento de defesa, por não ter sido obedecido o rito do art. 514 do Código de Processo Penal; de nulidade pela violação ao princípio do juiz natural (declinação da competência com aproveitamento dos atos judiciais, inclusive os decisórios); de nulidade das interceptações telefônicas, por não ter havido a transcrição integral das conversas captadas; de inépcia da denúncia, pela ausência de descrição detalhada dos fatos criminosos atribuídos à ré; e de ausência de justa causa para a ação penal, que não possui lastro probatório mínimo para justificar seu ajuizamento. No mérito, disse, no tocante ao crime estampado no art. 89 da Lei nº. 8.666/93, que o fato de a acusada figurar como destinatária de e-mail não constitui prova de que tenha participado de eventual esquema fraudulento, tampouco demonstra a vontade consciente de querer causar qualquer prejuízo à Administração Pública. Além disso, não havendo qualquer irregularidade na qualificação da ASSOCIAÇÃO MARCA como Organização Social, como, de fato, não houve, a dispensa de licitação é possível e legal, segundo a norma que regulamenta a matéria. Quanto ao crime disposto no art. 90 da Lei nº. 8.666/93, o Ministério Público Federal não provou o prévio ajuste no sentido de fraudar e/ou frustrar o caráter competitivo do certame, nem a efetiva atuação da acusada no esquema, o que leva a sua absolvição. Por fim, em relação ao crime de falsidade ideológica, disse que a conduta seria atípica, pois sequer existiria exigência de um procedimento para a escolha da MARCA como OS. Além disso, tal conduta, crime-meio, seria absorvida pelos crimes-fim também imputados à ré;

6) THOBIAS GURGEL (ID: 3146588 e fls. 01/75 de 108 do ID: 3146589): preliminares de litispendência com os fatos narrados nos autos da Ação Penal nº. 0144546-65.2013.8.20.0001, que tramita na 7ª Vara Criminal da Comarca de Natal, e de inépcia da denúncia, pela não individualização das condutas delituosas supostamente praticadas pelo réu. No mérito, sustentou que não cometeu crime algum, limitando-se a cumprir suas funções de chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Saúde (SMS), emitindo parecer jurídico, de caráter eminentemente opinativo, em processo administrativo instaurado conforme a legislação vigente;

7) MICARLA DE SOUZA (fls. 94/108 de 108 do ID: 3146589 e fls. 01/26 de 133 do ID: 3146590): preliminar de inépcia da denúncia, por ausência de descrição das circunstâncias dos crimes citados na peça acusatória. No mérito, arguiu que não participou dos delitos narrados na denúncia, não podendo responder por eles pelo simples fato de ser prefeita da cidade na época dos fatos e por ser esposa de corréu, o que redundaria em responsabilidade penal objetiva, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro;

8) TUFI MERES (fls. 50/89 de 133 do ID: 3146590): preliminares de *bis in idem* com a Ação Penal nº. 003571-32.2014.4.05.8400; de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual, pois o caso tratou desde o início de verbas federais, razão pela qual pediu a exclusão de todas as provas produzidas naquele Juízo, não sendo possível a ratificação dos atos; de nulidade das interceptações telefônicas e telemáticas, por ausência de fundamentação das decisões de quebra de sigilo, da extrapolação dos prazos e das sucessivas prorrogações, e,

por conseguinte, da denúncia; e de inépcia da denúncia, por não descrever os elementos constitutivos dos crimes que lhe foram imputados. No mérito, defendeu a inocorrência do delito de dispensa/inexigibilidade indevida de licitação, até porque tais atos não existiram nos autos, da mesma forma que o dolo específico de causar dano ao erário. Acrescentou que, se a dispensa indevida de licitação tivesse ocorrido, configuraria crime-meio para o delito principal de suposto desvio de recursos, já julgado em processo próprio, de nº. 0001905-93.2014.4.05.8400. Argumentou, ainda, a impossibilidade de caracterização do crime de fraude à licitação, pois todos os envolvidos na empreitada, tanto o Poder Público quanto as empresas, estariam conluídos para ludibriar o caráter competitivo do certame, de modo que inexistira a fraude na competição. Por fim, aduziu que a falsidade ideológica atribuída à ata de julgamento de licitação seria atípica, pois o ato ocorreu de fato. Ademais, pontuou que tal falsidade estaria absolutamente absorvida pelo crime-fim do art. 89 da Lei de Licitações, pois sua potencialidade lesiva teria sido esgotada;

9 e 10) ROSIMAR BRAVO (fls. 100/110 de 133 do ID: 3146590) e ANTÔNIO CARLOS JÚNIOR (fls. 13/23 de 86 do ID: 3146602): preliminares de *bis in idem* em relação ao processo nº. 003571-32.2014.4.05.8400; de nulidade dos atos proferidos pelo Juízo Comum Estadual, incompetente, que determinou a produção de provas cautelares que não podem ser ratificadas, daí a necessidade de exclusão de tais provas e a rejeição da denúncia, por ausência de justa causa; e de nulidade da interceptação telemática autorizada de forma retroativa e ilegal. No mérito, ponderaram que, quanto ao crime do art. 89 da Lei nº. 8.666/93, houve, de fato, um procedimento de licitação para a escolha da empresa MARCA, não uma dispensa ou inexigibilidade. Além disso, não se comprovou o prejuízo sofrido pelo Município de Natal com o procedimento adotado pelos réus, cuja suposta conduta criminosa deveria ser absorvida pela imputação de desvio de recursos públicos nos autos da Ação Penal nº. 0001905.93.2014.4.05.8400. No pertinente ao delito de fraude à licitação, como a denúncia narrou que houve conluio entre os servidores públicos e as empresas, não teria como o crime se concretizar, pois inexistiria o erro ou engano exigido pelo tipo;

11) CARLOS FERNANDO VIANA (fls. 113/133 de 133 do ID: 3146590 e fls. 01/14 de 72 do ID: 3146591): preliminares de litispendência em relação aos fatos do processo nº. 0001904-11.2014.4.05.8400; e de inépcia da denúncia, pela ausência de descrição das condutas supostamente criminosas do réu. No mérito, afirmou que não houve o cometimento dos crimes e que, ademais, o delito de falsidade ideológica deve ser absorvido pelo de fraude à licitação;

12) LEONARDO CARAP (fls. 15/47 de 72 do ID: 3146591 e fls. 03/116 de 116 do ID: 3146592, IDs: 3146593, 3146596, 3146597, 3146598, 3146600 e fls. 01/39 de 83 do ID: 3146601): preliminares de inépcia da denúncia, por não ter pormenorizado as condutas supostamente criminosas praticadas pelo réu, e de ausência de justa causa para a denúncia, em virtude da inexistência de elementos mínimos de prova acerca da participação do réu nos crimes imputados. No mérito, invocou o não cometimento dos delitos que lhe foram atribuídos;

13) JONEI LUNKES (fls. 06/10 de 10 do ID: 3146603 e fls. 01/13 de 97 do ID: 3146604): preliminar de inépcia da denúncia, pela generalidade de seus termos. No mérito, alegou que não participou dos crimes narrados na denúncia; e

14 e 15) ALEXANDRE MAGNO e MÔNICA NARDELLI (fls. 14/16 de 97 do ID: 3146604): deixaram para apresentar suas teses de defesa por ocasião das alegações finais.

Às fls. 34/38 de 86 do ID: 3146602, foi juntada a decisão que indeferiu o pedido contido na Exceção de Litispendência nº. 0002726-63.2015.4.05.8400, ajuizada pelo acusado TUFÍ MERES.

Em decisão exarada às fls. 04/22 de 125 do ID: 3146607, juntada na íntegra às fls. 38/65 do mesmo ID, este Juízo rejeitou as preliminares de inépcia da denúncia, de ausência de justa causa, de nulidade de ratificação dos atos exarados por Juízo incompetente, inclusive os decisórios e probatórios, de nulidade das interceptações telefônicas e de conexão dos fatos destes autos com os do processo nº.

0001904-11.2014.4.05.8400; julgou prejudicadas as prefaciais de litispendência/*bis in idem* quanto aos fatos desta ação e os do processo nº. 0003571-32.2014.4.05.8400 (0144546-65.2013.8.20.0001, na Justiça Comum Estadual), tendo em vista o reconhecimento dessa circunstância nesses autos e a consequente extinção do feito sem julgamento do mérito; e acatou a preliminar atinente ao rito do art. 514 do Código de Processo Penal para funcionários públicos, recebeu as respostas apresentadas pelas rés MARIA DO PERPÉTUO NOGUEIRA, ANNIE AZEVEDO e ELIZAMA DA COSTA como defesas preliminares e, analisando-as, procedeu ao recebimento da denúncia em relação a elas em 19 de outubro de 2016, determinando, ainda, sua citação. Por fim, não sendo o caso de absolvição sumária, foram designadas, na mesma decisão, datas para a audiência de instrução.

Citadas, as acusadas assim se pronunciaram:

- 1) ANNIE AZEVEDO (fl. 73 de 125 do ID: 3146607): ratificou a defesa ofertada anteriormente;
- 2) ELIZAMA DA COSTA (fls. 114/119 de 125 do ID: 3146607): levantou a preliminar de ausência de justa causa. No mérito, sustentou que agiu dentro da normalidade, como membro de uma comissão de licitação, não cometendo crime, portanto; e
- 3) MARIA DO PERPÉTUO NOGUEIRA (fls. 14/26 de 143 do ID: 3146608): preliminares de inépcia da denúncia, por ser genérica e contraditória, e de ausência de justa causa, ante a inexistência de provas quanto ao alegado. No mérito, disse que o procedimento licitatório que escolheu a empresa MARCA, de fato, ocorreu, tendo a ré, como membro da comissão, analisado e julgado a única proposta apresentada ao chamamento público. Inexistiu, portanto, qualquer ilegalidade em tal proceder.

Em decisão de fls. 40/43 de 143 do ID: 3146608, este Juízo rechaçou as preliminares arguidas pelas rés ELIZAMA DA COSTA e MARIA DO PERPÉTUO NOGUEIRA e determinou o prosseguimento do feito, com a audiência já designada.

A acusada MICARLA DE SOUSA, em petição atravessada nos autos às fls. 59/70 de 164 do ID: 3146609, lançou a tese de que teria havido o pré-julgamento dos fatos narrados na denúncia deste processo-crime quando houve a prolação da sentença nos autos da Ação Penal nº. 0001904-11.2014.4.05.8400, o que foi acatado pelo MM. Juiz Federal Titular desta 2ª Vara na decisão de fls. 77/80 de 164 do ID: 3146609, ocasião em que reconheceu o impedimento de julgar os fatos do presente feito, razão pela qual os autos foram redistribuídos para o MM. Juiz Federal Substituto de citada Vara, que ratificou todos os atos praticados no processo, consoante a decisão de fl. 85 de 164 do ID: 3146609.

Em audiência de instrução realizada às fls. 16/22, 27/31, 37/41 e 45/49 de 157 do ID: 3146611 - depoimentos inseridos no Aljava (certidão de IDs: 11241350 e 11241372), foram ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, interrogados os réus, deferida a juntada de documentos pelos acusados e, não havendo pedido de diligências, foi determinada vista dos autos ao órgão ministerial para alegações finais.

Às fls. 03/114 de 114 do ID: 3146616 e fls. 01/91 de 126 do ID: 3146618, o Ministério Público Federal pugnou pela absolvição do acusado THOBIAS GURGEL e pela condenação dos demais réus, nos moldes exarados na denúncia, em virtude de estarem comprovadas nos autos a materialidade e a autoria dos crimes imputados.

Em razões finais, os réus alegaram o seguinte:

- 1) ANNIE AZEVEDO (fls. 47/86 de 88 do ID: 3146621): preliminares de nulidade do processo pela violação ao princípio do juiz natural (declinação de competência com aproveitamento dos atos judiciais, inclusive os decisórios); e de nulidade das interceptações telefônicas, por não ter havido a transcrição integral das conversas captadas. No mérito, disse que, em relação ao crime de falsidade ideológica, não produziu qualquer

peça viciada, tendo o órgão ministerial insistido em atribuir-lhe uma conduta criminosa sem qualquer respaldo probatório, mesmo após a instrução do processo. Ainda que se considere a falsidade de referido documento, o delito em questão deve ser considerado crime-meio em relação aos crimes-fim também imputados à ré, tendo em vista o exaurimento de sua potencialidade lesiva, aplicando-se ao caso, porquanto, o princípio da consunção ou absorção. No tocante ao crime estampado no art. 89 da Lei nº. 8.666/93, aduziu que o fato de figurar como destinatária de e-mail não constitui prova de que tenha participado de eventual esquema criminoso. Aliás, a denúncia não trouxe qualquer prova nesse sentido, no máximo, que a acusada foi conivente com o teor da mensagem, o que não a torna coautora do crime, que é comissivo, isto é, exige ação, no sentido de o agente agir com a vontade consciente de querer causar prejuízo à Administração Pública e de beneficiar-se com isso, o que não ocorreu *in casu*. Além disso, não havendo qualquer irregularidade na qualificação da ASSOCIAÇÃO MARCA como Organização Social, como, de fato, não houve, a dispensa de licitação na hipótese é possível e legal, segundo a norma que regulamenta a matéria. Por fim, quanto ao crime disposto no art. 90 da Lei nº. 8.666/93, o Ministério Público Federal não provou o prévio ajuste no sentido de fraudar e/ou frustrar o caráter competitivo do certame nem a efetiva atuação da acusada no esquema, o que leva a sua absolvição;

2) TUFU MERES (fls. 03/53 de 123 do ID: 3146622): preliminares de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual, pois o caso tratou desde o início de verbas federais, razão pela qual pediu a exclusão de todas as provas produzidas naquele Juízo, não sendo possível a ratificação dos atos; de nulidade das interceptações telefônicas e telemáticas, por ausência de fundamentação das decisões de quebra de sigilo em relação ao réu e da extrapolação do prazo, principalmente no tocante aos e-mails; e de nulidade de depoimento da testemunha *Marcondes Diógenes Paiva*, arrolada na denúncia, pois ela seria parcial e teria interesse em confirmar a versão ministerial dos fatos, já que teria sido contratado pelo MP/RN após funcionar como interventor das unidades de saúde gerenciadas pela MARCA; e prejudicial de mérito quanto à necessidade de julgamento conjunto deste feito e da Ação Penal nº. 0001905-93.2014.4.05.8400, na qual se apura o peculato-desvio supostamente cometido pelo réu. No mérito, defendeu que, tratando os autos de contratos de gestão, há lei própria regulamentando a matéria, de modo que não se aplica ao caso a Lei nº. 8.666/93, inclusive e principalmente no pertinente a tipos penais, podendo-se imputar, na espécie, o delito descrito no art. 335 do Código Penal. Entendendo de forma diversa, pela aplicação da Lei nº. 8.666/93, a acusação deveria ter trilhado pelo caminho da conduta estampada no art. 90, não do art. 89, tendo em vista que não houve qualquer ato tendente a contratar diretamente ou tornar dispensável procedimento para a contratação da empresa MARCA para gerir as AMEs em questão. Alegou que os pagamentos efetuados em maio de 2011 ao corréu LEONARDO CARAP pela empresa QUALICORP dizem respeito à prestação de serviços por ele no Hospital Moacir do Carmo, em Nova Iguaçu/RJ, não tendo qualquer vinculação com o contrato de gestão das AMEs em Natal/RN, assinado 6 meses antes (outubro/2010). Quanto ao delito de fraude à licitação, disse não haver prova nos autos a vincular a desistência do contrato pelo IPAS, primeiro colocado na licitação cujo objetivo era a gestão da UPA de Pajuçara, ao chamamento da MARCA para assumir o acerto, de forma que não houve qualquer intento de ludibriar o caráter competitivo do certame. Por fim, sustentou que a falsidade ideológica atribuída à ata de julgamento de licitação estaria absolutamente absorvida pelo crime-fim do art. 89 da Lei de Licitações, pois teria esgotada sua potencialidade lesiva;

3) THOBIAS TAVARES (fls. 56/106 de 123 do ID: 3146622): pugnou pela absolvição do acusado, com fulcro nos incisos III e IV do art. 386 do Código de Processo Penal, em que pese o órgão ministerial tenha formulado pedido nesse sentido em sede de alegações finais, mas com base no inciso V de citado dispositivo. Por amor ao debate, aduziu que não cometeu crime algum, limitando-se a cumprir suas funções de chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Saúde - SMS/Natal, emitindo parecer jurídico, de caráter eminentemente opinativo, conforme a legislação vigente, em processo administrativo investigado. Pugnou, ainda, pela aplicação do princípio da consunção no que diz respeito ao crime de falsidade ideológica em relação ao do art. 89 da Lei de Licitações;

4) THIAGO TRINDADE (fls. 109/123 de 123 do ID: 3146622 e fl. 01 de 129 do ID: 3146625, anexadas na

íntegra no ID: 11243645): que, quando assumiu o cargo de Secretário de Saúde de Natal, o plano apresentado pela FGV para o setor de saúde, na pessoa de LEONARDO CARAP, já havia sido aceitado pela Secretária anterior, *Sra. Ana Tânia*, de forma que não houve conluio do réu com o representante da FGV para a implementação de suposto esquema na SMS; que havia urgência na implementação do plano, haja vista a situação caótica em que se encontrava o sistema de saúde de Município, razão pela qual se agilizou, de forma legal, respeitando-se todos os princípios inerentes à Administração Pública, o procedimento administrativo correspondente à matéria; que buscou conferir, em viagem ao Rio de Janeiro/RJ, a eficiência do plano não só junto à empresa prestadora do serviço, mas também aos órgãos públicos contratantes do serviço, o que demonstra preocupação na viabilidade e conveniência do modelo e não o mero intento de obter proveito da coisa pública; que os contratos de gestão objeto da denúncia seriam regidos pela Lei nº. 9.637/98, não tendo natureza de contratos administrativos, mas de convênios, não se aplicando ao caso, portanto, a Lei nº. 8.666/93, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1923-DF, nem mesmo seus tipos penais; que, com base nessas evidências, não houve o cometimento dos crimes dispostos na peça acusatória pelo acusado; e que, particularmente quanto ao suposto crime do art. 89 da Lei nº. 8.666/93, o *Parquet* não explicitou em sua imputação a norma penal em branco amoldável à espécie, tampouco comprovou qual teria sido o dano causado ao erário, falhas essas que inviabilizariam a condenação pleiteada;

5) CARLOS FERNANDO VIANA (fls. 02/23 de 129 do ID: 3146625): reiterou as preliminares da resposta, quais sejam: inépcia da denúncia, pela ausência de descrição dos fatos, e *bis in idem* em relação ao crime do art. 89 da Lei nº. 8.666/93, pois os fatos discutidos nestes autos seriam os mesmos dos do processo nº. 0001904-11.2014.4.05.8400. No mérito, apontou, quanto ao crime do art. 89 da Lei nº. 8.666/93, que a conduta seria atípica, pois: a escolha da empresa MARCA para administrar as AMEs ocorreu segundo as diretrizes legais e com base em parecer da Procuradoria do Município, o que afasta o dolo da conduta (art. 20 do Código Penal); não existiu dano ao erário, um dos elementos do tipo; e não teve ganhos financeiros, ao contrário, passou por dificuldades financeiras após sair da SMS/Natal, consoante comprova empréstimo no Banco Santander em agosto de 2011 detectado pela quebra de sigilo bancário, tendo ALEXANDRE MAGNO sido o único que o ajudou, daí a troca de mensagens de texto com essa temática. No que diz respeito ao delito do art. 90 da Lei nº. 8.666/93, verberou que, tendo sido a hipótese de contratação de OS com dispensa de licitação, não há que se falar em licitação fraudada ou frustrada, objeto do crime em análise. Além disso, não se comprovou o dolo específico exigido pelo tipo, tampouco o conluio entre os participantes da licitação e o réu. Defendeu, ainda, a absorção dos crimes de licitação pelo de desvio, já julgado na Ação Penal nº. 0001904-11.2014.4.05.8400, pois constituiriam crimes-meio para a consumação do delito-fim. Da mesma forma, deve-se aplicar o princípio da consunção entre o crime de falsidade ideológica e o do art. 90 da Lei nº. 8.666/93 e, caso não, pugnou pela absolvição por aquele, ante a ausência do dolo específico. Por fim, pediu, em caso de condenação, que seja considerada a participação de menor importância (art. 29, § 1º, do Código Penal), tendo em vista que o acusado era servidor da SMS/Natal que não possuía qualquer poder de decisão ou influência política sobre as contratações da pasta;

6) LEONARDO CARAP (fls. 28/51 e 78/129 de 129 do ID: 3146625; e fls. 1/13 de 125 do ID: 3146626 - digitalização das páginas de forma incompleta e em desordem; vício corrigido nos IDs: 11243637, 11243638 e 11243639): preliminares de *bis in idem* em relação ao processo nº. 0001907-63.2014.4.05.8400, que narra os mesmos fatos destes autos, e de inépcia da denúncia, pela deficiência na descrição dos fatos. No mérito, asseverou que a FGV foi contratada para apontar problemas e sugerir soluções no setor de saúde da capital potiguar ainda na gestão de *Ana Tânia* na SMS/Natal; que o projeto teve início em 21 de setembro de 2009 e findou em março de 2010; e que o projeto apresentado não criou, implantou nem aconselhou o modelo de terceirização de serviços para a Secretaria. Ao revés, a recomendação técnica da FGV foi totalmente contrária à adoção desse modelo, "por imaturidade organizacional e inépcia gerencial da municipalidade", enaltecendo, por outro lado, a importância da gerência pública nesse setor, fato comprovado pelo terceiro pilar do projeto, consistente na elaboração de plano de cargos, carreiras e salários para os servidores. Não obstante tal recomendação, sustentou que o corréu THIAGO TRINDADE demonstrou interesse em conhecer o esquema

do Rio de Janeiro, tendo o acusado, por estar desenvolvendo um modelo de gestão de hospitais, via QUALIMED, empresa sua, para a SALUTE, sociedade dirigida por TUFÍ MERES, indicou a visitação a projeto dessa firma no RJ, além de outras apresentações e visitas à SMS do Rio de Janeiro e a unidades de saúde administradas por outras empresas, não havendo qualquer intermediação de interesses mediante remuneração. Nesse cenário, diferentemente do que foi narrado na denúncia, as transferências bancárias da SALUTE para a QUALIMED correspondem à contraprestação por serviços de assessoria em gestão na área de saúde (elaboração de modelo de gestão hospitalar a ser incluído no portfólio de produtos da SALUTE) prestados pelo réu de maio a dezembro de 2011, devidamente confirmados por documentos e depoimentos testemunhais. Verberou, por fim, que o réu não influenciou nem participou dos procedimentos licitatórios que resultaram na contratação da empresa MARCA, tampouco teve proveito decorrente deles falsificando documento, de modo que não praticou quaisquer dos crimes imputados na denúncia;

7) MIGUEL WEBER (fls. 15/45 de 125 do ID: 3146626): preliminar de inépcia da denúncia, por não pormenorizar sua conduta nem as circunstâncias dos crimes imputados. No mérito, disse que não tinha qualquer poder de decisão quanto aos atos de administração atinentes ao Município de Natal, cuja Chefe do Executivo era sua esposa à época dos fatos, donde se depreende que não praticou os delitos apontados na denúncia. Argumentou, ainda, que a teoria do domínio do fato não se aplica ao presente caso e que haveria consunção entre o crime do art. 89 da Lei nº. 8.666/93 e o de falsidade ideológica;

8) MICARLA DE SOUSA (fls. 48/85 de 125 do ID: 3146626, anexadas na íntegra no ID: 11243636): pontuou que inexistente o dever de licitar para a contratação de organização social - OS pelo Poder Público, pois os peculiares contratos de gestão mais se assemelham a convênios, não tendo a natureza de contratos administrativos, o que demove, na espécie, em atenção aos princípios da taxatividade e da anterioridade, a incidência da Lei nº. 8.666/93 à hipótese dos autos, em especial o enquadramento das condutas supostamente criminosas narradas na denúncia aos tipos penais ali previstos. Ainda que se aplique a Lei de Licitações ao presente caso, imperiosa a absolvição da ré, ante a vedação da responsabilidade penal objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que era impossível à acusada, Prefeita de Natal à época dos fatos, conhecer, participar e/ou anuir em relação a todos os atos administrativos da gestão em vergaste, razão pela qual se reservava à SMS/Natal, assim como as outras secretarias, total autonomia quanto aos procedimentos administrativos pertinentes às respectivas áreas. Portanto, se crimes ocorreram nessa pasta, não foram cometidos pela ré, que sequer conhecia boa parte dos corrêus, não tendo com esses, pelas provas colacionadas aos autos, qualquer comunicação, seja por meio de telefonemas, mensagens eletrônicas e/ou documentos;

9) MARIA DO PERPÉTUO NOGUEIRA (fls. 86/104 de 125 do ID: 3146626): asseverou que não praticou o crime de falsidade ideológica que lhe foi atribuído na denúncia, pois a sessão de julgamento do chamamento público, que resultou na contratação da MARCA, ocorreu de fato, sendo lavrada a correspondente ata, que foi apontada como objeto material do delito ora contestado. Argumentou, ainda, que nada sabia sobre o suposto esquema criminoso na SMS/Natal, fato comprovado pela inexistência de e-mails trocados com os corrêus nesse sentido, estando convicta de ter participado de seleção lícita, o que torna ausente, portanto, o dolo específico exigido pelo tipo;

10) JONEI LUNKES (fls. 105/125 de 125 do ID: 3146626 e ID: 3146627; juntadas novamente nos IDs: 3343642 e 3343642 e de novo no ID: 11465369, todas em desordem de páginas, falha corrigida nos IDs: 11625751 e 11625753 a 11625757): disse que a JRN Consultoria Administrativa Ltda.-ME, empresa sua que não mantinha qualquer vinculação a TUFÍ MERES, prestou serviços ao IPAS, de 01/11/2010 a 07/12/2010, e à MARCA, de 08/12/2010 a 08/05/2011, ou seja, por cinco meses apenas, não havendo o desvio dos valores apontados pelo órgão ministerial na denúncia, os quais, inclusive, contesta; que, quando o IPAS desistiu de administrar a UPA-Pajuçara, a MARCA, sucessora do IPAS no contrato, permaneceu por alguns meses com os mesmos prestadores de serviço, dentre eles a empresa do réu, com o intuito de não haver interrupção dos serviços de saúde; que, após isso, a empresa do acusado foi dispensada, o que evidencia a não participação no suposto esquema criminoso e a inexistência de locupletamento em detrimento do erário; e que não tomou

conhecimento nem participou de tratativas prévias na SMS/Natal acerca da contratação da MARCA para administrar as AMEs, tampouco de conluio entre o IPAS, a MARCA e a Prefeitura de Natal/RN para a escolha de empresa para a administração da UPA - Pajuçara. Alfim, pediu sua absolvição, ante o não cometimento dos crimes atribuídos na denúncia;

11) MÔNICA NARDELLI (ID: 3580141): assinou o termo de convênio por figurar no contrato social da Associação Marca na qualidade de Diretora Geral, mas não tinha qualquer ingerência, nem poder de mando na empresa, que era administrada por ROSIMAR BRAVO e ANTÔNIO CARLOS, razão pela qual pleiteou sua absolvição. Em caráter subsidiário, argumentou que, se for o caso de condenação, que se aplique ao caso o princípio da consunção entre os crimes de falsidade ideológica e o de dispensa indevida de licitação, pois aquele teria sido meio para a prática deste, cujo dolo específico (prejuízo ao erário) não se comprovou nos autos;

12) ALEXANDRE MAGNO (ID: 3582479): pontuou que, quando o corréu THIAGO TRINDADE assumiu o cargo de Secretário de Saúde do Município de Natal, foi chamado por ele para retomar os trabalhos na Secretaria, com autorização do Procurador Geral do Município à época; que, quando retornou à SMS/Natal, não só já estava decidido contratar uma Organização Social para gerir emergencialmente a UPA do bairro de Pajuçara, como o IPAS já tinha sido selecionado para tanto; e que não praticou os crimes que lhe foram atribuídos na denúncia, não havendo provas nos autos nesse sentido, o que torna certa sua absolvição. Subsidiariamente, em caso de condenação, sustentou que o crime de falsidade ideológica foi crime-meio necessário ou normal fase de preparação ou execução do crime de fraude à licitação (crime-fim), devendo por este ser absorvido;

13) ELIZAMA DA COSTA (ID: 3933011): preliminar de inépcia da denúncia, por não descrever as condutas criminosas. No mérito, afirmou que sempre agiu com probidade nos mais de 32 anos de serviço público, não sendo diferente quando foi nomeada para integrar a comissão de licitação atinente ao processo de seleção para a escolha de empresa para administrar as AMEs, de modo que não cometeu o crime de falsidade ideológica, por ausência de dolo; e

14 e 15) ANTÔNIO CARLOS JÚNIOR e ROSIMAR BRAVO (ID: 11601903): preliminares de *bis in idem* em relação ao processo nº. 003571-32.2014.4.05.8400; de exclusão das provas oriundas dos atos proferidos pelo Juízo Comum Estadual, por ser incompetente e ante a impossibilidade de serem ratificados; e de nulidade da interceptação telemática autorizada de forma retroativa e ilegal. No mérito, disseram que inexistente prova quanto ao cometimento do crime do art. 89 da Lei nº. 8.666/93, pois não houve dispensa ou inexigibilidade de licitação para a contratação da empresa MARCA, mas um processo administrativo, de modo que a conduta supostamente delitativa não se subsume ao tipo imputado. Além disso, não se comprovou o prejuízo sofrido pelo Município de Natal com o procedimento adotado pelos réus, cuja suposta conduta criminosa deveria ser absorvida pela imputação de desvio de recursos públicos nos autos da Ação Penal nº. 0001905.93.2014.4.05.8400. No pertinente ao delito de fraude à licitação, como a denúncia narrou que houve conluio entre os servidores públicos e as empresas, não teria como o crime se concretizar, pois inexistiria o erro ou engano exigido pelo tipo. Por fim, não há provas do delito de falsidade ideológica.

Este Juízo proferiu despachos saneadores de IDs: 9417882 e 11409187, tendo a Secretaria da Vara cumprido todas as determinações ali contidas nos IDs: 10791491, 11241349, 11241350, 11241353, 11241371, 11241372, 11243635, 11465368, 11466087, 11466125, 11601902 e 11625749.

Intimadas para, querendo, ratificar as razões finais antes apresentadas ou ofertar novas, as partes que se pronunciaram validaram as alegações derradeiras já anexadas aos autos (Ministério Público Federal - ID: 11290074; ANNIE AZEVEDO - ID: 11393673; MIGUEL WEBER - ID: 11393673; ROSIMAR BRAVO e ANTÔNIO CARLOS - ID: 11601755; e JONEI LUNKES- ID: 11698651).

Vieram os autos conclusos. Passo à fundamentação e posterior decisão.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Ab initio, verifica-se que as preliminares e prejudiciais levantadas pelos acusados ANNIE AZEVEDO, TUFU MERES, CARLOS FERNANDO VIANA, LEONARDO CARAP, MIGUEL WEBER, ELIZAMA DA COSTA, ROSIMAR BRAVO e ANTÔNIO CARLOS JÚNIOR em sede de alegações finais, quais sejam: nulidade do processo pela afronta ao princípio do juiz natural; nulidade das interceptações telefônicas e telemáticas; incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual, o que culminaria na exclusão de todas as provas ali produzidas; nulidade do depoimento da testemunha *Marcondes Diógenes Paiva*, arrolada na denúncia; inépcia da denúncia; e *bis in idem* em relação ao processo nº. 003571-32.2014.4.05.8400 já foram apreciadas e fundamentadamente rejeitadas por este Juízo na decisão exarada às fls. 04/22 de 125 do ID: 3146607, anexada na íntegra às fls. 38/65 do mesmo ID, e na audiência realizada às fls. 16/22 de 157 do ID: 3146611, de modo que se revela desnecessária, neste momento, nova análise a respeito.

Não obstante esse fato, observa-se que preliminares/prejudiciais apresentadas nas respostas ainda não foram apreciadas e outras, novas e diferentes das anteriores, foram arguidas nas razões finais ofertadas pelos réus TUFU MERES, CARLOS FERNANDO VIANA e LEONARDO CARAP (necessidade de julgamento conjunto deste feito e da Ação Penal nº. 0001905-93.2014.4.05.8400; litispendência em relação à Ação Penal nº. 0001904-11.2014.4.05.8400; e *bis in idem* em relação à Ação Penal nº. 0001907-63.2014.4.05.8400), motivos pelos quais se passa ao exame de cada uma delas a seguir, a começar pela prescrição, que se analisa de ofício.

II.1 - Das preliminares/prejudiciais de mérito

II.1.1 - De prescrição da pretensão punitiva estatal

Quando há a prática de um ilícito criminal, nasce para o Estado o *jus puniendi*, que consiste na pretensão de punir o agir ilegal, na defesa da sociedade contra o crime. Não obstante, casos existem em que o Estado não pode punir o transgressor da lei penal em decorrência de causas impeditivas do exercício desse direito, fazendo com que um fato, antes punível, não mais o seja.

Assim, o decurso do tempo, no campo penal, também possui efeitos relevantes, podendo tornar impossível que o Estado exerça a pretensão punitiva, ou mesmo a pretensão executória.

Surge, então, o instituto da prescrição, que se justifica pelo desaparecimento do interesse do Estado em reprimir o crime, em razão do tempo decorrido, levando ao esquecimento do delito como também à superação do alarma social causado por este.

Consoante reza o art. 107, inciso IV, do Código Penal, havendo o escoamento do prazo fixado em lei para o exercício do *jus puniendi* estatal, ocorre a prescrição, extinguindo-se a punibilidade.

Neste cenário, às condutas imputadas ao acusado TUFU MERES, descritas nos arts. 89, parágrafo único, e 90 da Lei de Licitações e 299, *caput*, do Código Penal, cominam-se as penas de detenção, de 03 (três) a 05 (cinco) anos e 02 (dois) a 04 (quatro) anos, e de reclusão, de 01 (um) a 05 (cinco) anos, respectivamente.

Diante dessas sanções, denota-se que o Código Penal prevê, em seu art. 109, incisos III e IV, que a prescrição em abstrato da pretensão punitiva, regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade imposta aos crimes em questão, dar-se-á em 08 (oito) e 12 (doze) anos, devendo esses prazos serem reduzidos à metade, ou seja,

04 (quatro) e 06 (seis) anos, caso o agente tenha, na data da sentença, mais de 70 (setenta) anos, à luz do disposto no art. 115 do Código Penal.

In casu, levando-se em consideração que o réu TUFÍ MERES nasceu em 18 de setembro de 1951, consoante a base de dados da Receita Federal (fl. 08 de 156 do ID: 3146619, contando, assim, com 71 (setenta e um) anos de idade na data de hoje, verifica-se que decorreram mais de 07 (sete) anos entre a data do recebimento da denúncia 25 de setembro de 2014 (fl. 26 de 105 do ID: 3146585) e a presente data, de prolação e publicação de sentença, novo ato interruptivo do prazo prescricional, caso condenatória.

Constatado esse fato, imperiosa a decretação da extinção da punibilidade do acusado TUFÍ SOARES MERES, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, em relação à imputação dos crimes capitulados nos arts. 89, parágrafo único, e 90 da Lei de Licitações e 299, *caput*, do Código Penal.

II.1.2 - De julgamento conjunto desta ação e a de nº. 0001905-93.2014.4.05.8400

O réu TUFÍ MERES sustentou a prejudicial de mérito quanto à necessidade de julgamento conjunto deste feito e da Ação Penal nº. 0001905-93.2014.4.05.8400, na qual se apura o peculato-desvio supostamente cometido pelo réu, argumentando que haveria conexão teleológica entre os fatos, uma vez que o Ministério Público Federal teria asseverado, tanto na denúncia quanto nas alegações finais deste feito, que os crimes tipificados nos arts. 89 e 90 da Lei nº. 8.666/93, aqui processados, teriam sido cometidos para "assegurar a execução e vantagem de outro delito de desvio e apropriação de verbas públicas federais", objeto do processo nº. 0001905-93.2014.4.05.8400.

Além disso, alegou que houve, por parte deste Juízo, a declinação de competência para o processamento e julgamento da Ação Penal nº. 0001905-93.2014.4.05.8400 para a Seção Judiciária do Rio de Janeiro, estando pendente de julgamento recurso no Superior Tribunal de Justiça a respeito, o que inviabilizaria o julgamento deste processo, razão pela qual pugnou pela suspensão do trâmite desta ação até a apreciação desse recurso.

De início, cumpre registrar que o STJ¹, nos autos do Conflito de Competência nº. 155.254, confirmando a decisão exarada por este Juízo nos autos da Exceção de Incompetência nº. 0002984-10.2014.4.05.8400, juntada às fls. 10/15 de 82 do ID: 3146629, julgou competente, em decisão prolatada em 27 de março de 2018, com trânsito em julgado em 10 de abril de 2018, o Juízo da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro para julgar a Ação Penal nº. 0001905-93.2014.4.05.8400 (processo nº. 0502040-98.2015.4.02.5101 naquele Juízo), o que torna prejudicado o pedido de suspensão da presente ação.

Por outro lado, ainda que se considere que os crimes plasmados nos arts. 89 e 90 da Lei nº. 8.666/93 tenham sido praticados para assegurar a execução do delito de desvio/apropriação de verbas públicas, o que somente será analisado no mérito desta sentença, havendo, inclusive, pedido de aplicação da agravante correspondente formulado pelo *Parquet*, tal fato não torna peremptório e obrigatório o reconhecimento da ocorrência da conexão teleológica, pois os supostos crimes praticados para facilitar, ocultar, garantir a impunidade ou a vantagem de outro ocorreram, em tese, em momentos diferentes, o que possibilita a separação dos processos, a teor do disposto nos arts. 76, inciso II, e 80 do Código de Processo Penal.

Com esses argumentos, rejeita-se a prejudicial.

II.1.3 - De litispendência em relação à Ação Penal nº. 0001904-11.2014.4.05.8400

A defesa de CARLOS FERNANDO VIANA alegou que os fatos expostos na denúncia deste processo são os

mesmos historiados na Ação Penal nº. 0001904-11.2014.4.05.8400, o que gera a ocorrência do *bis in idem*.

Da leitura da denúncia deste processo e da sentença prolatada nos autos da Ação Penal nº. 0001904-11.2014.4.05.8400, jungida às fls. 143/156 de 156 do ID: 3146619, IDs: 3146620 e 3146624 e fls. 01/36 de 88 do ID: 3146621, vislumbra-se que a narrativa dos fatos é semelhante em ambos os processos.

Porém, os réus denunciados na Ação Penal nº. 0001904-11.2014.4.05.8400, dentre eles CARLOS FERNANDO VIANA, responderam pelos crimes, aqui citados em conjunto, de associação criminosa (art. 288, *caput*, do Código Penal), de desvio de recursos públicos (art. 1º, inciso I e § 1º, do Decreto-Lei nº. 201/67), de corrupção passiva (art. 317, *caput* e § 1º, do Código Penal) e de lavagem de dinheiro (art. 1º, incisos V e VII, da Lei nº. 9.613/98), enquanto que, nesta ação, os acusados, dentre eles CARLOS FERNANDO VIANA, estão sendo processados pelos delitos, aqui também mencionados em conjunto, de dispensa indevida de licitação (art. 89, *caput* e parágrafo único, da Lei nº. 8.666/93), de fraude à licitação (art. 90 da Lei nº. 8.666/93) e de falsidade ideológica (299, *caput* e parágrafo único, do Código Penal).

Diante desse cenário, contata-se que não há identidade de pedidos entre as ações penais em destaque, pois as imputações são divergentes, de modo que descabe falar em litispendência entre este processo e a Ação Penal nº. 0001904-11.2014.4.05.8400, razão pela qual se rechaça a preliminar suscitada.

II.1.4 - De litispendência em relação à Ação Penal nº. 0001907-63.2014.4.05.8400

De forma similar ao item anterior, a defesa de LEONARDO CARAP aduziu que os fatos descritos na denúncia deste processo são os mesmos elencados na Ação Penal nº. 0001907-63.2014.4.05.8400, o que ocasiona o reconhecimento do *bis in idem*.

Da leitura da denúncia deste processo e da sentença prolatada nos autos da Ação Penal nº. 0001907-63.2014.4.05.8400, sendo essa última feita pelo sistema do PJe, verifica-se que a narrativa dos fatos é semelhante em ambos os processos.

Porém, os réus denunciados na Ação Penal nº. 0001907-63.2014.4.05.8400, dentre eles LEONARDO CARAP, responderam pelos crimes, aqui citados em conjunto, de associação criminosa (art. 288, *caput*, do Código Penal) e de desvio de recursos públicos (art. 1º, inciso I e § 1º, do Decreto-Lei nº. 201/67), ao tempo em que, nesta ação, como já frisado alhures, os acusados, dentre eles LEONARDO CARAP, estão sendo processados pelos delitos, aqui também mencionados em conjunto, de dispensa indevida de licitação (art. 89, *caput* e parágrafo único, da Lei nº. 8.666/93), de fraude à licitação (art. 90 da Lei nº. 8.666/93) e de falsidade ideológica (299, *caput* e parágrafo único, do Código Penal).

Nesse panorama, denota-se que não há identidade de pedidos entre as ações penais em questão, pois as imputações são discrepantes, não se podendo reconhecer a litispendência entre este processo e a Ação Penal nº. 0001907-63.2014.4.05.8400, conforme requerido pela defesa. Rejeita-se, pois, a preliminar arguida.

II.2 - Do mérito

II.2.1 - Crimes de dispensa indevida de licitação (art. 89, *caput* e parágrafo único, da Lei nº. 8.666/93) e de fraude à licitação (art. 90 da Lei nº. 8.666/93)

Antes de analisar a tipicidade dos crimes plasmados nos arts. 89 e 90 da Lei de Licitações, necessário fazer uma digressão acerca do chamado "Terceiro Setor", dando-se ênfase a seus aparatos legislativo e jurídico no Estado brasileiro.

Pois bem. Visando redefinir a atuação direta do Poder Público em atividades de competência não exclusiva, o Governo Federal promoveu, por meio da Lei nº. 8.031, de 12 de abril de 1990, reforma administrativa que instituiu o Programa Nacional de Desestatização - PND, o qual autorizou, dentre outras medidas, parcerias com entidades privadas, que passaram a atuar em caráter complementar, sob a supervisão estatal, na gestão de serviços públicos relacionados à saúde, cultura, ensino, pesquisa científica e proteção do meio ambiente.

Na lição de José dos Santos Carvalho Filho², referidas entidades têm sido denominadas de "entidades do terceiro setor", pois se apresentam com certo hibridismo, na medida em que, sendo privadas, desempenham função pública. Segundo, ainda, referido doutrinador, elas não integram o sistema formal da Administração Pública, mas assumem a qualidade de parceiras do Poder Público na execução de determinadas tarefas de interesse público, por meio dos chamados contratos de gestão.

Nessa linha, disciplinando a matéria, foi publicada a Lei nº. 9.637/98, que regulou a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações sociais - OS, para atuação em atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, desde que atendidos os requisitos previstos em seu art. 2º.

Com vistas à formação de parceria entre o Poder Público e a entidade qualificada como OS para fomento e execução das atividades já mencionadas, a lei em destaque previu, *sem fazer qualquer menção a processo seletivo ou modalidade de licitação, mas com a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade*, a assinatura de contrato de gestão entre as partes, com a discriminação das atribuições, responsabilidades e obrigações dos contratantes, devendo, ainda, dito instrumento conter a especificação do programa de trabalho proposto pela OS, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como a previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade, além de estipular os limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções (arts. 5º a 7º da norma).

A novidade legislativa à época gerou inúmeras críticas por parte da doutrina administrativista brasileira, em especial no tocante à natureza do contrato de gestão ali versado (divergência se configuraria contrato administrativo ou convênio) e ao consequente dever de licitar ou não em tratativas desse tipo³, sendo a norma tachada de inconstitucional por alguns, por violar a regra do art. 196 da Constituição da República de 1988, na hipótese de utilização no âmbito da saúde.

Diante desse cenário, não demorou para que a lei em vergaste fosse objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, de nº. 1923/DF, que foi julgada em 16 de abril de 2015, com a seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, *CAPUT*), EDUCAÇÃO (ART. 209, *CAPUT*), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO.

COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, *CAPUT*). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, § 3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, *CAPUT*). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEQUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.

1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.

2. Os setores de saúde (CF, art. 199, *caput*), educação (CF, art. 209, *caput*), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que "são deveres do Estado e da Sociedade" e que são "livres à iniciativa privada", permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, *in casu*, o art. 175, *caput*, da Constituição.

3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

6. A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.

7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado.

8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento - se simultaneamente ou após a edição da Lei.

9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de "organização social", para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI).

10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente.

11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.

13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).

14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exige, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a

contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal.

17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo.

18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais.

19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor.

20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a **celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF;** (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

(ADI 1923, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 16-12-2015 PUBLIC 17/12/2015)

(destaques não constantes no original)

Desse julgado, destaca-se do extenso voto do Ministro Luiz Fux, que divergiu do Min. Relator Ayres Britto e foi acompanhado pela maioria dos ministros que participou do julgamento, que os contratos de gestão não são contratos administrativos, mas **convênios**, pois os interesses das partes envolvidas confluem em uma mesma direção, diferentemente do que ocorre com a figura típica do contrato administrativo, que se caracteriza pela oposição de interesses.

Seguindo esse raciocínio, o Ministro ponderou que, "**por não se tratar de contratos administrativos, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, restrito ao âmbito das contratações (CF, art. 37, XXI)**. Nem por isso, porém, a celebração de contratos de gestão pode ficar imunizada à incidência dos princípios constitucionais. Da mesma forma (...), a Administração deve observar, sempre, os princípios estabelecidos no *caput* do art. 37 da CF. Dentre eles, têm destaque os princípios da *impessoalidade*, expressão da isonomia (art. 5º, *caput*), e da *publicidade*, decorrência da ideia de transparência e do princípio republicano (CF, art. 1º, *caput*)" (negrito acrescido).

Enfatizou, ainda, o Ministro que "impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, ainda que, repita-se, **sem os rigores formais da licitação tal como concebida pela Lei nº. 8.666/93 em concretização do art. 37, XXI, da CF, cuja aplicabilidade ao caso, reitere-se, é de se ter por rejeitada diante da natureza do vínculo**

instrumentalizado pelo contrato de gestão", concluindo que, **"embora não submetido formalmente à licitação, a celebração do contrato de gestão com as Organizações Sociais deve ser conduzida de forma pública, impessoal e por critérios objetivos,** como consequência da incidência direta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública" (negrito nosso).

Da leitura do julgamento em questão, extrai-se, em síntese, que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a contratação das organizações sociais deve nortear-se pelos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, especialmente quanto aos seguintes pontos fundamentais: procedimento de qualificação, celebração do contrato de gestão, dispensa de licitação para contratar pessoa já qualificada como OS, outorga de permissão de uso de bem público à OS, contratos celebrados entre a OS e terceiros e seleção de pessoal da OS. Em todos esses passos, impôs a decisão *erga omnes* da Corte Suprema que a transação público-privada tem a obrigatoriedade de ocorrer "de forma pública, objetiva e impessoal", nos exatos termos do voto condutor.

Dito isso, convém examinar se as condutas imputadas pelo Ministério Público Federal aos réus destes autos, consistentes na: (i) dispensa indevida de licitação para a contratação de OS para administrar AMEs em Natal/RN; e (ii) fraude ao caráter competitivo de licitação para contratação de OS para gerir UPA também desta Capital, subsumem-se aos tipos penais previstos nos arts. 89, *caput* e parágrafo único, e 90, ambos da Lei nº. 8.666/93, respectivamente.

Em primeiro lugar, interessante anotar que a Lei nº. 8.666/93 teve por objetivo regulamentar o art. 37, em específico o inciso XXI, da Carta Magna, e instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública. Dita tal inciso:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Conforme já consignado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº. 1923/DF, foi categórico em afirmar que o inciso supra transcrito não se aplica à hipótese dos contratos de gestão, pelas próprias peculiaridades de tal instrumento, razão pela qual reconheceu não ser obrigatório, da forma como disciplinado na Lei nº. 8.666/93, o dever de licitar nesses casos.

De igual forma, tendo em mente que a Lei nº. 8.666/93 trouxe em seu texto a tipificação de condutas delitivas que visou proteger a legalidade e a lisura das licitações e contratações ali estatuídas, conclui-se também pela impossibilidade de aplicação desses dispositivos de teor criminal à hipótese dos contratos de gestão, para os quais lei específica previu processo seletivo diverso das modalidades de licitação estabelecidas na Lei de Licitações, denominado "chamamento público", que somente veio a ser regulamentado pela Lei nº. 13.019, de 31 de julho de 2014.

Pelos elementos constantes nos autos, depreende-se que as supostas condutas criminosas narradas na denúncia (montagem fraudulenta de chamamento público e fraude ao caráter competitivo de processo seletivo) não se amoldam à descrição típica presente nos arts. 89 de 90 da Lei nº. 8.666/93, respectivamente, pois referidos tipos penais dizem respeito a licitações e contratações por essa lei albergadas, dentre as quais não se engloba o processo seletivo específico dos contratos de gestão.

O Direito Penal brasileiro é regido, dentre outros, pelos princípios da reserva legal e da anterioridade, pelos quais "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (arts. 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna, e 1º do Código Penal), de modo que é vedada ao aplicador da lei a interpretação extensiva da norma incriminadora para punir fatos que não foram descritos expressamente em lei penal anterior à ocorrência dos fatos. É de rigor, pois, que o magistrado se atenha à letra do dispositivo legal, ainda que defeituoso, não lhe dando interpretação ampliativa ou analógica *in malam partem*, com o intuito de abranger conduta não definida anteriormente como parte integrante do tipo penal.

Nesse sentido é a jurisprudência remansosa do Superior Tribunal de Justiça, colacionando-se a seguir julgamento exarado por sua Terceira Seção, *in verbis*:

PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO PENAL. EXAME PERICIAL. PROVA QUE SÓ PODE SER REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS. DECRETO REGULAMENTADOR QUE PREVÊ EXPRESSAMENTE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal.

2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei.

3. O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

4. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional.

5. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro.

6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui, entre as tarefas do juiz, a de legislar.

7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente.

8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

9. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 1.111.566/DF, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, relator para acórdão Ministro Adilson

Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Terceira Seção, julgado em 28/03/2012, DJe de 04/09/2012)

(destaques não constantes no original)

In casu, não há como se enquadrar as condutas imputadas na denúncia do presente processo nos arts. 89 e 90 da Lei nº. 8.666/93, uma vez que tiveram por objeto processos seletivos específicos, não disciplinados nem albergados pela Lei nº. 8.666/93, não permitindo nosso Direito Penal, ante a proibição de interpretação extensiva em detrimento do réu, a elasticidade de alcance desses tipos penais, como pretendido pelo órgão ministerial, donde se infere que tais condutas são atípicas.

Diante do reconhecimento da atipicidade das condutas, impõe-se a absolvição dos réus, à exceção de TUFÍ SOARES MERES, que teve a extinção da punibilidade declarada no item II.1.1 desta sentença, quanto às imputações relativas e respectivas aos crimes descritos nos arts. 89 e 90 da Lei nº. 8.666/93, em conformidade com o disposto no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

II.2.2 - Delito de falsidade ideológica (art. 299, *caput* e parágrafo único, do Código Penal)

O Ministério Público Federal também atribuiu aos réus a conduta do crime veiculado no art. 299, *caput* e parágrafo único, do Código Penal, que reza:

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

De acordo com a denúncia, os réus teriam montado fraudulentamente o processo administrativo nº. 04407/2010-25, com o intuito de contratar diretamente empresa já previamente escolhida, o que teria ensejado a imputação relativa ao art. 89 da Lei nº. 8.666/93, produzindo, para tanto, ata de sessão de julgamento falsa, o que configuraria o crime de falsidade ideológica.

Da narrativa ministerial, a falsidade da ata teria consumado a fraude do delito do art. 89 da Lei nº. 8.666/93. Ora, se a falsidade do documento e a fraude dela decorrente ocorreram em um mesmo contexto fático, tem-se que o falso da ata integraria a própria fraude da licitação, devendo o crime de falsidade ideológica, nesta hipótese, ficar absorvido pelo delito entabulado no art. 89 da Lei nº. 8.666/93, uma vez que existiria uma relação de crime-meio (falsidade ideológica) e crime-fim (dispensa ilegal de licitação), aplicando-se ao caso, pois, o princípio da consunção, segundo o qual o crime-fim absorve o delito utilizado como meio empregado para a prática daquele.

Não obstante essa conclusão, como a existência dos delitos plasmados na Lei nº. 8.666/93 foi afastada no item II.2.1 desta sentença, reconhecendo-se a atipicidade das condutas, a relação de dependência entre crime-meio e crime-fim referida no parágrafo anterior findou aniquilada, tornando imperiosa a análise, de forma autônoma, da imputação do crime de falsidade ideológica atinente à ata da sessão de julgamento do processo administrativo nº. 04407/2010-25.

Nesse cenário, observa-se que a Lei nº. 9.637/98, que regulou a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como OS, como já visto no item anterior desta sentença, não previu formas de procedimentos seletivos para a escolha das organizações sociais.

Por seu turno, a Lei nº. 6.108, de 02 de junho de 2010⁴, que dispôs sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais no âmbito do Município de Natal/RN, trouxe à tona esse procedimento, no § 2º do art. 5º, *in verbis*:

§ 2º. A celebração do contrato de gestão será precedida de processo seletivo, quando houver mais de uma entidade qualificada para prestar o serviço objeto da parceria, nos termos do regulamento.

Nesse panorama, partindo do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº. 1923/DF, conforme já consignado no item anterior desta sentença, de que não se exige procedimento licitatório disciplinado na Lei nº. 8.666/93 para a contratação de OS para fins de parceria com o Poder Público, observa-se que a Administração Pública, à época dos fatos, agiu de acordo com prefalada lei municipal, promovendo o competente *processo seletivo*, com a publicação dos seguintes documentos no Diário Oficial do Município: i) aviso de chamamento público relativo à contratação de OS para o gerenciamento de AMEs em Natal/RN em 1º de outubro de 2010⁵; ii) termo de qualificação da MARCA como OS em 14 de outubro de 2010⁶; e iii) ata da sessão de julgamento em 22 de outubro de 2010⁷.

O fato de ter existido uma única organização social interessada em participar do processo seletivo, sendo, ao final, declarada vencedora por ter preenchido os requisitos exigidos pela Administração, não gerou um julgamento e respectiva ata falsos, tampouco eivou o procedimento de vícios. Ao revés, cumpriu o Poder Público, pelo menos de acordo com os elementos jungidos aos autos, os trâmites da lei municipal e do edital próprio da seleção, com estrita obediência aos princípios capitulados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, consoante recomendou a decisão da Corte Suprema.

Assim, com base no conjunto probatório colacionado aos autos, não se evidencia a falsidade ideológica apontada pelo órgão ministerial, devendo os réus serem absolvidos de referida imputação, à exceção de TUFÍ SOARES MERES, que teve a extinção da punibilidade declarada no item II.1.1 desta sentença, à luz do conteúdo do art. 386, inciso I, do Código de Processo Penal.

III - DISPOSITIVO

Diante do exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** a pretensão deduzida na denúncia, para:

a) **EXTINGUIR a punibilidade do réu** TUFÍ SOARES MERES, tendo em vista a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal em relação aos crimes definidos nos arts. 89, parágrafo único, e 90 da Lei nº. 8.666/93 e 299, *caput*, do Código Penal, consoante o disposto no art. 107, inciso IV, cumulado com o art. 109, incisos III e IV, e 115, todos do Código Penal;

b) **ABSOLVER os acusados** MICARLA ARAÚJO DE SOUZA WEBER; MIGUEL HENRIQUE OLIVEIRA WEBER; THIAGO BARBOSA TRINDADE; ALEXANDRE MAGNO ALVES DE SOUZA; THOBÍAS BRUNO TAVARES GURGEL; CARLOS FERNANDO PIMENTEL BACELAR VIANA; ANNIE AZEVEDO DA CUNHA LIMA; ROSIMAR GOMES BRAVO DE OLIVEIRA; ANTÔNIO CARLOS DE OLIVEIRA JÚNIOR; MÔNICA SIMÕES ARAÚJO E NARDELLI; LEONARDO JUSTIN CARAP; e JONEI ANDERSON LUNKES da imputação relativa ao crime previsto no art. 89 da Lei nº. 8.666/93, à luz do contido no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal;

c) **ABSOLVER os réus** MICARLA ARAÚJO DE SOUZA WEBER; MIGUEL HENRIQUE OLIVEIRA WEBER; THIAGO BARBOSA TRINDADE; ALEXANDRE MAGNO ALVES DE SOUZA; THOBÍAS BRUNO TAVARES GURGEL; CARLOS FERNANDO PIMENTEL BACELAR VIANA; ANNIE

AZEVEDO DA CUNHA LIMA; ROSIMAR GOMES BRAVO DE OLIVEIRA; ANTÔNIO CARLOS DE OLIVEIRA JÚNIOR; LEONARDO JUSTIN CARAP; e JONEI ANDERSON LUNKES da imputação pertinente ao delito insculpido no art. 90 da Lei nº. 8.666/93, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal; e

d) **ABSOLVER os acusados** MICARLA ARAÚJO DE SOUZA WEBER; MIGUEL HENRIQUE OLIVEIRA WEBER; THIAGO BARBOSA TRINDADE; ALEXANDRE MAGNO ALVES DE SOUZA; THOBIAS BRUNO TAVARES GURGEL; CARLOS FERNANDO PIMENTEL BACELAR VIANA; ANNIE AZEVEDO DA CUNHA LIMA; MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO LIMA NOGUEIRA; ELIZAMA BATISTA DA COSTA; ROSIMAR GOMES BRAVO DE OLIVEIRA; ANTÔNIO CARLOS DE OLIVEIRA JÚNIOR; MÔNICA SIMÕES ARAÚJO E NARDELLI; LEONARDO JUSTIN CARAP; e JONEI ANDERSON LUNKES da imputação atinente ao crime de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal), em consonância com o que preceitua o art. 386, inciso I, do Código de Processo Penal.

Após o trânsito em julgado, comunique-se à Superintendência de Polícia Federal, neste Estado, a fim de que providencie o cancelamento dos registros referentes ao presente feito.

Sem custas.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

¹ <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702831492&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 09/08/2022.

² Em *Manual de Direito Administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 288.

³ Tarso Cabral Violin, em seu livro "Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica", Belo Horizonte: Fórum, p. 257/260, explicitou o entendimento de diversos autores acerca do tema, sendo tal livro citado por Adriano Biancolini em artigo intitulado "A hipótese de dispensa de licitação para contratação de organizações sociais em face da análise do regime jurídico dos contratos de gestão" (<https://jus.com.br/artigos/36068/a-hipotese-de-dispensa-de-licitacao-para-contratacao-de-organizacoes-sociais-em-face-da-analise-do-regime-juridico-dos-contratos-de-gestao/2>). Acesso em: 10/08/2022).

⁴ Dita lei foi declarada inconstitucional pelo TJ/RN em 25/05/2011 (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010.006976-8. Plenário. Rel. Des. Amaury Moura Sobrinho).

⁵ https://natal.rn.gov.br/storage/app/media/DOM/anexos/dom_20101001.pdf. Acesso em: 15/08/2022.

⁶ https://natal.rn.gov.br/storage/app/media/DOM/anexos/dom_20101014.pdf. Acesso em: 15/08/2022.

⁷ https://natal.rn.gov.br/storage/app/media/DOM/anexos/dom_20101022.pdf. Acesso em: 15/08/2022.



Processo: **0003238-80.2014.4.05.8400**

Assinado eletronicamente por:

MARIO AZEVEDO JAMBO - Magistrado

Data e hora da assinatura: 19/08/2022 17:49:09

Identificador: 4058400.11746358



22081511563481300000011780756

Para conferência da autenticidade do documento:

<https://pje.jfrn.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>