



JUSTIÇA FEDERAL

SEÇÃO JUDICIÁRIA DA PARAÍBA

SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PATOS- 14ª VARA FEDERAL

SENTENÇA TIPO D

(RESOLUÇÃO CJF N.º 535/2006)

Processo: 0800136-44.2019.4.05.8205

Classe: AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

Réus: DINEUDES POSSIDÔNIO DE MELO e outros.

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação penal movida pelo Ministério Público Federal – MPF, conforme denúncia de id. 4058205.3397330, contra DINEUDES POSSIDÔNIO DE MELO, DÊNIS RICARDO GUEDES FILHO (vulgo “DENINHO”), IVALDO ANTÔNIO PEREIRA LOPES e JOSÉ GIRSON GOMES DOS SANTOS, todos já qualificados nos autos, sendo-lhes atribuídos, em concurso material (CP, art. 69, “caput”), os seguintes crimes:

a) IMPUTAÇÃO 1 - DINEUDES POSSIDÔNIO e IVALDO ANTÔNIO praticaram o fato típico previsto no art. 312 do Código Penal, ao desviarem em proveito de DINEUDES POSSIDÔNIO recursos do termo de compromisso 7821/2014, por ocasião dos boletins de medição 1, 2 e 3;

b) IMPUTAÇÃO 2 - DINEUDES POSSIDÔNIO e JOSÉ GIRSON praticaram o fato típico previsto no art. 312 do Código Penal, ao desviarem em proveito de DINEUDES POSSIDÔNIO recursos do termo de compromisso 7821/2014, por ocasião do boletim de medição 4 e, com o auxílio de DÊNIS RICARDO, do boletim de medição 5.

Contextualização

Inicialmente, narra a denúncia, a título de contextualização, “in verbis”:

1. Contextualização dos Crimes

A investigação desenvolvida pelo Ministério Público Federal, em conjunto com a Polícia Federal e a Controladoria-Geral da União, reuniu elementos probatórios que indicam a existência de organizações criminosas do colarinho branco, montadas com o objetivo reiterado de fraudar licitações públicas em diversos municípios da Paraíba, Ceará, Pernambuco, Alagoas e Rio Grande do Norte, mascarar desvios de recursos públicos em favor próprio e de terceiros, lavar o dinheiro público desviado e fraudar os fiscos federal e estadual.

(...)

Para efeito de contextualização dos crimes presentemente denunciados e descritos no tópico seguinte, operacionalizados em torno da empresa Millenium, convém se historiar a participação de Dineudes Possidônio em anteriores empreitadas criminosas.

A “Operação Desumanidade”, deflagrada na cidade de Patos em 2015, investigou obras de engenharia supostamente executadas pela empresa “fantasma” Sóconstroi Construções e Comércio LTDA.

À medida que a investigação foi amadurecendo, constatou-se que o esquema ilícito funcionava da seguinte maneira:

1ª. Etapa: A Prefeitura Municipal de Patos, comandada pela prefeita municipal Francisca Gomes Araújo Motta e sua filha, Ilanna Araújo Motta, utilizava a Sóconstroi Construções, mancomunada com os sócios e procuradores, para vencer licitações previamente direcionadas. As disposições editalícias eram elaboradas de acordo com o acervo técnico da empresa, a fim de que fosse habilitada nos certames;

2ª Etapa: Após “vencer” as licitações e assinar os contratos, a Sóconstroi Construções funcionava apenas como uma fachada para encobrir a ilegalidade na execução das obras, as quais ficavam a cargo de amigos,

familiares e agentes públicos da própria Prefeitura Municipal de Patos ou até de outra Prefeitura;

3ª Etapa: Os sócios e procuradores da Sóconstroi Construções eram agraciados com percentuais de cada parcela percebida e o restante do valor repassado para terceiros incumbidos de executar as obras ou eram apropriados e desviados.

A primeira fase da “Operação Desumanidade” teve como objeto 13 obras de engenharia no município de Patos (11 unidades básicas de saúde, 1 academia de saúde e 1 quadra poliesportiva coberta), no âmbito de três contratos firmados com a Sóconstroi Construções nos anos de 2014 e 2015.

A construção da quadra da Escola Municipal Aristides Hamad Timenes (Contrato n. 2937/2015) foi ilicitamente confiada ao Secretário Adjunto da Secretaria de Desenvolvimento Econômico e Habitação de Patos, Dineudes Possidônio, usando a fachada da empresa Sóconstroi.

A empresa Sóconstroi Construções era administrada por Cláudio Roberto Medeiros Silva e José Aloysio da Costa Machado Júnior, bem como pelo procurador José Aloysio da Costa Machado Neto (que, malgrado o nome, é genitor de Aloysio Júnior), com o auxílio do também procurador Severino Alves Figueiredo, vulgo “Severo”, e de Valdéria Soares Costa, vulgo “Val”, ex-companheira de Aloysio Neto.

A Sóconstroi Construções, como regra, não executava obras, mas participa de licitações com dois intuitos lucrativos: a) receber os denominados “acordos” [O “acordo” na gíria das pessoas que participam de licitação refere-se ao valor de 3% sobre o total do contrato licitado, que deve ser rateado entre os participantes da licitação para que não atrapalhem o direcionamento do certame para determinada empresa.(...)] ou b) emprestar o CNPJ para que o Prefeito (ou alguém por ele indicado) executasse a obra. Nesta última forma de atuar, a Sóconstroi Construções sagrava-se “vencedora” da licitação e emprestava a sua estrutura documental (certidões, acervo técnico etc.) ao executor da obra, cobrando um percentual de até 20% sobre o valor de cada medição.

(...)

Papel central no “modus operandi” desvendado era desempenhado pelos engenheiros fiscais das prefeituras e pelos engenheiros supostamente contratados pela empresa. A atuação dos engenheiros fiscais das prefeituras iniciava-se, por vezes, já na elaboração de projetos superfaturados [possibilitam o repasse de grandes somas por parte da União e, assim, tornam possível tanto executar as obras quanto desviar recursos] e seguia na confecção de boletins de medição fraudulentos, que, na lógica do esquema, são condição indispensável para o saque da maior quantidade de recursos públicos possível, esteja a obra construída ou não.

No outro lado da parceria criminosa, há os engenheiros supostamente contratados pela empresa, que se passam por responsáveis técnicos das empresas (garantindo-lhes acervo técnico) e assinam as Anotações de

Responsabilidade Técnica - ART e boletins de medição fraudulentos, recebendo parte dos percentuais devidos à empresa.

(...)

1.5. Do “Esquema Millenium” na Operação Recidiva (processo n. 0800019-53.2019.4.05.8205)

Já no âmbito da presente “Operação Recidiva”, o esquema montado por Dineudes Possidônio e seus comparsas com o uso da empresa Millenium foi detalhado nos autos da ação penal n. 0800019-53.2019.4.05.8205.

Naquela ocasião, consignou-se que a Construtora Millenium LTDA – EPP foi criada em nome de Divane Hannah Nóbrega de Melo, jovem com apenas 19 anos de idade na data de abertura da empresa, detentora de 95% das cotas sociais; e por João Vital Santos de Menezes, motorista da Secretaria de Planejamento e Urbanismo de Patos, com 5% das cotas. Todavia, desde o início, a Millenium foi administrada de fato por Dineudes Possidônio e ocultada em nome de sua filha, Divane Hannah [o motivo para a ocultação do comando empresarial residia no fato de que a Construtora Millenium operacionaliza um esquema ilícito de fraude a licitações e desvio de recursos públicos, socialmente incompatível com alguma proeminência política que Dineudes Possidônio possuía na cidade de Patos (...)]. Como “dono oculto” da empresa, Dineudes Possidônio se apresentava como procurador, portando uma procuração pública em sua filha lhe transfere todos os poderes societários.

Fora da política desde a “Operação Desumanidade”, Dineudes Possidônio passou a administrar a Millenium de forma ostensiva em 24 de agosto de 2017, com 100% das cotas, alterando sua razão social em 01 de dezembro de 2017 para Millenium Incorporações e Serviços EIRELI - EPP.

(...)

A presente denúncia circunscreve-se aos crimes cometidos no município de São José do Bonfim, pequeno município de 3.566 habitantes, situado a 17 Km da cidade de Patos, onde a Construtora Millenium executou uma quadra escolar coberta com vestiário decorrente da Tomada de Preços n. 03/2014 (fl. 50/618). Os recursos se originaram do Termo de Compromisso n. 7821/2014, firmado entre a Prefeitura de São José do Bonfim e o FNDE, cuja obra foi cadastrada no SIMEC sob o n. 1008483, com recursos previstos de R\$ 509.002,52.

No curso da investigação, a obra em São José do Bonfim foi vistoriada pela Controladoria Geral da União, que elaborou o substancial relatório de fl. 11/49. A fiscalização teve como objetivo analisar a regularidade do processo de contratação da empresa responsável pela execução da obra, assim como verificar se os serviços foram realizados de acordo com o projeto e pagos em conformidade com o efetivamente executado.

Os trabalhos de campo da CGU foram realizados no período de 30 de julho a 03 de agosto de 2018 e os exames foram realizados em estrita

observância às normas de fiscalização aplicáveis ao Serviço Público Federal, tendo sido utilizadas, dentre outras, técnicas de inspeção física e registros fotográficos, análise documental e realização de entrevistas. A partir desta fiscalização, foi desvendado o mecanismo de desvio de recursos públicos empregado por Dineudes Possidônio e os engenheiros envolvidos na execução da obra.

2.1. Do Desvio de Recursos Públicos

Por meio de análise das transferências de recursos efetuadas pelo FNDE para a execução do Termo de Compromisso n. 2821/2014 (SIMEC n. 1008483), bem como por meio de análise dos extratos da conta corrente específica mantida no Banco do Brasil para este investimento (Ag. n. 151-1, c/c n. 58386-3), constatou-se que foram liberados R\$ 305.401,51 para a construção da quadra escolar coberta com vestiário em São José do Bonfim, valor correspondente a 60% do total previsto para o repasse de recursos federais (R\$ 509.002,52) (fl. 34).

A partir desses documentos, verificou-se pagamentos para esta obra no montante de R\$ 307.857,57 (pagamento líquido das medições + impostos recolhidos) (fl. 34). Ao final, a CGU apontou um desvio de R\$ 213.660,06 (fl. 49), referente às situações elencadas a seguir.

A tabela a seguir apresenta resumo da execução financeira:

(...)

O quadro de fl. 25 apresenta a data e valores dos pagamentos públicos:

(...)

Com o cumprimento dos mandados de busca e apreensão (processo n. 0805804-30.2018.4.05.8205), os processos de empenho, liquidação e pagamento dos valores públicos repassados à Millenium foram apreendidos (fl. 961/1062). Desses documentos se extrai a responsabilidade técnica pelos desvios adiante narrados:

(...)

Sobre os dados acima apresentados, percebe-se que a Prefeitura de São José do Bonfim empregou, ao menos formalmente, os engenheiros José Girson Gomes dos Santos e Ivaldo Antônio Pereira Lopes, os quais, ouvidos na sede desta PRM Patos (fl. 915 e 922), informaram desconhecer a existência das flagrantes ilegalidades apontadas pela CGU no relatório de fl. 11/49, bem como afirmam não terem elaborado os Boletins de Medição que possibilitaram os saques dos valores superfaturados.

Por sua vez, o engenheiro da Millenium, Geraldo da Costa Palmeira (fl. 919 e 1069/1070) afirma que nunca foi efetivamente o engenheiro da empresa, tendo assinado os documentos para abertura da empresa como um favor a Dineudes Possidônio, uma vez que ambos são membros da Maçonaria e do Encontro de Casais com Cristo da Igreja Católica. Afirma,

todavia, que nunca recebeu pagamento da empresa, nem assinou proposta ou boletim de medição para a Millenium. Em arremate, afirma que qualquer assinatura sua que conste de documentos da Millenium são falsos.

Por sua vez, o engenheiro Denis Ricardo Guedes Filho, mesmo não assinando o 5º Boletim de Medição, afirmou que trabalhou para a empresa Millenium na obra de São José do Bonfim e que também não tinha conhecimento sobre as ilegalidades apontadas pela CGU (fl. 944).

(...)

2.2. Da Análise Bancária dos Recursos Públicos Pagos

A análise dos pagamentos efetuados à Construtora Millenium se mostra importante na medida em que revela a movimentação financeira relativa aos recursos públicos (fl. 740/889).

De fato, com a análise bancária (realizada a partir dos dados obtidos por decisão judicial no processo n. 0800087-37.2018.4.05.8205), os recursos desviados acima descritos têm revelados os seus destinatários finais - os quais, no caso, reverteram em sua grande maioria para o próprio Dineudes Possidônio.

(...)

Como se disse, os dados bancários de fl. 740/889 revelam que os valores desviados o foram em benefício do próprio Dineudes Possidônio, seus familiares e fornecedores, revertendo em favor da atividade empresarial por ele desenvolvida.

Imputação 1

Quanto à imputação anteriormente referida nesta sentença como número 1 (abaixo repetida), narra a denúncia, “in verbis”:

a) IMPUTAÇÃO 1 - DINEUDES POSSIDÔNIO e IVALDO ANTÔNIO praticaram o fato típico previsto no art. 312 do Código Penal, ao desviarem em proveito de DINEUDES POSSIDÔNIO recursos do termo de compromisso 7821/2014, por ocasião dos boletins de medição 1, 2 e 3;

2.1.3. Desvio de Recursos por Pagamento por Encargos Sociais não Recolhidos

Ao apresentar sua proposta de preços (fl. 572/577), a Construtora Millenium embutiu em seu preço de R\$ 503.912,49 as despesas com encargos sociais e, ao firmar o contrato administrativo (fl. 599/610), recebeu recursos públicos para adimplir essas despesas em particular.

De fato, em relação às obrigações assumidas pela Construtora Millenium no Contrato nº 40301 (fl. 599/610), firmado em 24 de novembro de 2014, no valor de R\$ 503.912,49, destacamos as seguintes alíneas da Cláusula Décima: (...)

No que pertine aos recursos públicos que a Construtora Millenium recebeu, segundo o orçamento que ela própria apresentou (proposta de preços de fl. 572/577), para obrigações trabalhistas assumidas no contrato de obras, a CGU requisitou que a Prefeitura Municipal de São José do Bonfim/PB apresentasse os comprovantes referentes aos recolhimentos dos encargos sociais devidos pela referida empresa, a exemplo da contribuição para o INSS, bem como para o FGTS do pessoal contratado para execução das obras. Todavia, tais documentos não foram apresentados pela Prefeitura e não foi dada qualquer justificativa a respeito (fl. 38/42).

Por essa razão, diante da ausência de informações pela edilidade municipal e com o propósito de verificar os valores concernentes aos encargos sociais embutidos nos preços dos serviços, a CGU realizou um levantamento de custo dos itens mais representativos da proposta de preços da empresa contratada, equivalentes a 66,30% do montante total contratado.

Em seguida, por meio de consulta ao Sistema Nacional de Pesquisas de Custos e Índices da Construção Civil - SINAPI, da Caixa Econômica Federal (referência junho/2014), foram encontradas composições unitárias de serviços equivalentes aos itens contratados pela Prefeitura de São José do Bonfim. Na consulta ao SINAPI, buscou-se detalhar, para cada item, os valores correspondentes aos preços da mão-de-obra, conforme mostrado nas tabelas a seguir:

(...)

Considerando que as composições do SINAPI utilizadas no levantamento adotam o percentual de 116,37% para os encargos sociais (junho/2014), isso significa que, no custo relativo à parcela da mão-de-obra, 53,78% referem-se aos encargos sociais devidos, conforme cálculo a seguir:

(...)

Para a obtenção do percentual que corresponde aos encargos sociais sobre o valor bruto dos itens da amostra analisada, multiplicou-se o percentual dos encargos sociais (53,78%) pela proporção representativa da mão-de-obra em cada composição do SINAPI (% mão-de-obra), conforme cálculo demonstrado na tabela a seguir:

(...)

Finalmente, o valor dos encargos foi calculado multiplicando-se o percentual de encargos sobre o item pelo valor bruto dos itens da proposta de preços, conforme apresentado na tabela a seguir:

(...)

Assim, considerando a inexistência de comprovantes do recolhimento dos encargos sociais pela Construtora Millenium, referente aos recursos públicos recebidos para o pagamento dos encargos sociais dos empregados que trabalharam na construção da Quadra Escolar Coberta, calcula-se um favorecimento à referida empresa na quantia de R\$ 48.917,24, correspondente a 9,7 % do valor do Contrato nº 40301/2014-CPL.

Cabe destacar que o levantamento da CGU foi realizado sobre uma amostra de 66,30% dos serviços contratados mais representativos. Sendo assim, para o valor global dos serviços, o montante do prejuízo relacionado aos encargos sociais trabalhistas deve superar o valor apontado nessa constatação.

Essa constatação apresentada pela CGU em seu relatório de fl. 38/42, amolda-se à constatação de que a Millenium nunca possuiu trabalhadores para executar essas obras e recebeu recursos públicos para adimplemento de encargos sociais com base em uma proposta de preços fictícia nesse aspecto (fl. 572/577).

(...)

O depoimento prestado à autoridade policial, Edioberto Vieira Santana, vulgo “Nego” (fl. 1068), confirma que os trabalhadores empregados por Dineudes Possidônio em São José do Bonfim não possuíam vínculos formais e, conseqüentemente, não geraram o recolhimento de encargos sociais, os quais foram pagos ao denunciado por força de proposta de preços fictícia da Millenium e embolsados em desvio de recursos públicos (fl. 572/577).

2.1.4. Execução Irregular de Superestrutura da Quadra

Segundo dados disponíveis no Sistema Integrado de Monitoramento Execução e Controle do FNDE, a CGU verificou (fl. 42/46) que o órgão concedente, por meio de empresa de consultoria, realizou inspeções físicas nas obras da quadra escolar do município de São José do Bonfim/PB, tendo notificado a Prefeitura, no próprio SIMEC, para que fossem tomadas providências para as seguintes restrições encontradas:

(...)

Em que pese o período de nove meses desde o registro da restrição pelo concedente (no SIMEC), a CGU (fl. 42/46) constatou que as irregularidades apontadas ainda não haviam sido sanadas, confirmando que os serviços foram executados em desacordo com as especificações. Ao ser requisitada formalmente para apresentar esclarecimentos, no período

de campo da fiscalização da CGU, a Prefeitura Municipal de São José do Bonfim/PB não apresentou justificativas.

Algumas das situações observadas pela CGU estão evidenciadas nas fotografias a seguir:

(...)

Os serviços da superestrutura mostrados nas fotografias, executados em desacordo com as especificações, comprometem a durabilidade da obra e a segurança da estrutura e oferecem risco para os alunos que utilizarão a quadra, especialmente pela exposição de ferragens às intempéries, pelo rompimento de vigas para passagem de tubulações, bem como devido ao estrangulamento da seção de pilares (P18, por exemplo). A respeito do piso em concreto, executado com a espessura inferior à definida no projeto (10cm), sua durabilidade também é reduzida, especialmente em função do uso contínuo e intenso pelos alunos da escola que será beneficiada com o empreendimento.

De acordo com o levantamento realizado pela CGU, constatou-se que a Prefeitura Municipal de São José do Bonfim efetuou pagamentos irregulares por estes serviços da superestrutura, executados em desacordo com as especificações, que somam R\$ 45.205,17, conforme tabela a seguir:

(...)

É importante salientar que os serviços da superestrutura não deveriam ter sido recebidos/aceitos pela fiscalização municipal, nem mesmo parcialmente, devido à falta de comprovação da sua segurança (inexistência de projetos, falta de ART, etc.), em função da inobservância aos projetos aprovados, bem como pelo descumprimento de normas técnicas, em especial o cobrimento mínimo dos ferros, o rompimento de vigas no meio do vão para a passagem de tubulação e a fixação inadequada das treliças da cobertura nos pilares trapezoidais.

Diante desses fatos, constatou-se que o engenheiro fiscal do município à época, conforme fl. 45 e quadro acima apresentado, Ivaldo Lopes, atestou indevidamente os serviços acima descritos e, em consequência, os pagamentos foram realizados irregularmente, causando prejuízo ao erário. Por outro lado, formalmente, o engenheiro da empresa era Geraldo da Costa Palmeira, o qual, conforme apresentado acima, não assinou o Boletim de Medição nem emitiu qualquer documento para a Millenium.

(...)

2.1.6. Antecipação dos Prazos de Faturamento e de Pagamento

A cláusula sexta do Contrato nº 40301/2014, firmado em 24 de novembro de 2014 entre a Prefeitura de São José do Bonfim e a Construtora Millenium, estabelece que os pagamentos devem ser efetuados pela Prefeitura mensalmente, consoante as aferições efetuadas pelo Fiscal do

Contrato. Além disso, ainda por exigência da referida cláusula sexta, os pagamentos devem ser efetuados até “10 dias úteis após o recebimento da nota fiscal/fatura”, acompanhada de todos os documentos exigidos.

Dentre os documentos exigidos no Contrato nº 40301, cabe mencionar a exigência de comprovação, por parte da Contratada, do recolhimento das contribuições sociais vencidas (FGTS e Previdência Social), correspondentes ao mês da última competência, referentes a todos os trabalhadores envolvidos na obra.

Constatou-se, entretanto, que o pagamento da primeira medição dos serviços ocorreu antes de decorridos os primeiros trinta dias de vigência do contrato, em 18 de dezembro de 2014, ou seja, 18 dias úteis após a data da ordem de serviço, a qual foi emitida em 24 de novembro de 2014 (data da celebração do contrato). Além disso, nos processos de pagamento disponibilizados pelo município, não há comprovantes de regularidade referente as contribuições sociais (quitação do FGTS e previdência social do mês anterior).

Em relação ao Boletim de Medição nº 01, verificou-se que foram pagos 59,43% dos itens de serviços da superestrutura, sendo que, segundo o cronograma físico-financeiro do Contrato nº 40301/2014-CPL, a superestrutura seria executada apenas a partir do 4º mês de início das obras, conforme figura a seguir:

(...)

Cabe destacar que, dentre os serviços da superestrutura pagos no Boletim de Medição nº 01, consta que os pilares foram 100% concluídos antes da execução das lajes pré-moldadas dos vestiários. Ocorre que essa não é a prática usual na engenharia para esse tipo de estrutura de concreto armado, uma vez que, do nível L1 ao nível L2 (acima das lajes dos vestiários), os pilares seriam concretados, via de regra, após a execução da laje de cobertura dos vestiários. Na imagem a seguir, constam os valores referentes à superestrutura pagos na primeira medição:

(...)

Portanto, com base nos documentos apresentados pela Prefeitura de São José do Bonfim, verificou-se que a Construtora Millenium foi beneficiada com a antecipação nos prazos de faturamento e de pagamentos contratados, referentes aos serviços atestados na primeira medição da quadra escolar coberta, bem como não houve rigor da Prefeitura para que a referida empresa apresentasse a comprovação da sua regularidade perante o FGTS e a Previdência Social. Além disso, considerando o cronograma físico-financeiro e a prática usual da engenharia civil, há indícios de que a concretagem dos pilares não tenha sido concluída na data em que foi emitido o Boletim de Medição nº 01.

Por todos esses elementos, pode-se afirmar que o BM 01, assinado por Ivaldo Lopes foi ideologicamente falsificado para o saque de recursos

públicos a maior, por serviços não executados, contribuindo para o desvio de recursos públicos.

Imputação 2

Quanto à imputação anteriormente referida nesta sentença como número 2 (abaixo repetida), narra a denúncia, “in verbis”:

b) IMPUTAÇÃO 2 - DINEUDES POSSIDÔNIO e JOSÉ GIRSON praticaram o fato típico previsto no art. 312 do Código Penal, ao desviarem em proveito de DINEUDES POSSIDÔNIO recursos do termo de compromisso 7821/2014, por ocasião do boletim de medição 4 e, com o auxílio de DÊNIS RICARDO, do boletim de medição 5;

2.1.1. Superestimativa de Área de Cobertura

Diante da omissão do município de São José do Bonfim em apresentar a documentação completa do que foi solicitado e com o objetivo de analisar a planilha de custos do contrato administrativo decorrente da TP n. 03/2014, a CGU efetuou o levantamento das informações disponíveis no site do FNDE referente aos projetos que compõem a estrutura da cobertura em aço, constatando uma superestimativa nos quantitativos do orçamento básico (e conseqüentemente nos quantitativos da proposta de preços), referentes a itens da cobertura da quadra (fl. 35).

De acordo com os projetos disponibilizados no sítio do FNDE, constatou-se que a área total da cobertura da quadra corresponde a 1.096,29 m² (28,85m do arco superior x 38,00m de comprimento), evidenciando uma superestimativa de 17,71 m² nos quantitativos desses itens relacionados à cobertura, com reflexo financeiro no montante de R\$ 2.467,07 sobre o valor contratado, conforme discriminado na planilha de fl. 35.

Os valores descritos nos itens 6.1 e 6.2, somando R\$ 2.271,49, foram efetivamente pagos pelo município de São José do Bonfim à Construtora Millenium por meio do Boletim de Medição nº 05, datado de 03 de novembro de 2017. Os itens 10.4 e 10.5 ainda não haviam sido pagos até a data de início dos trabalhos de fiscalização da CGU. Nesse BM, conforme quadro apresentado acima, os engenheiros responsáveis pela obra eram Dênis Filho e José Girson, responsáveis, com Dineudes Possidônio, pelo desvio de recursos públicos.

2.1.2. Pagamento Ilegal na Execução de Cobertura da Quadra Escolar

Da análise do orçamento e da proposta de preços para a execução da quadra escolar coberta em São José do Bonfim, observou-se que os serviços materialmente mais relevantes se referem à execução da cobertura da quadra (item 6.1 - Estrutura de aço em arco vão de 30m, no valor de R\$ 102.643,96, e item 6.2 - Telha metálica em chapa galvanizada e=0.5mm, no valor de R\$ 40.242,58). Esses dois itens somam R\$ 142.886,52 e representam 28,36% do valor total das obras, contratadas junto à Construtora Millenium.

A planilha orçamentária utilizada na licitação prevê a execução do serviço da cobertura com um vão de 30m, em que pese o projeto da quadra definir que o vão será inferior a 25m (o vão livre horizontal da cobertura é de cerca de 21m no projeto), demonstrando a incompatibilidade entre o orçamento e os projetos (fl. 36).

Ainda em relação a cobertura, apesar de o projeto disponível no sítio do FNDE conter um quadro resumo do aço que será aplicado na estrutura, não constam informações sobre o peso total dessa estrutura, tampouco há informações quanto ao peso linear de cada uma das peças que a compõem. Contudo, essa informação pode ser obtida no próprio sítio do FNDE junto ao memorial descritivo deste modelo padrão de quadra (2014), onde consta que a estrutura da cobertura desta quadra tem o peso total de 12.255 kg (fl. 36).

Por meio de análise dos projetos, referentes às peças que compõem a cobertura, considerando o peso linear constante em publicações de fabricantes e fornecedores para cada um dos elementos, a CGU verificou que o peso total do aço orçado pelo FNDE para a estrutura (12.255 kg) está compatível com os projetos, salientando-se que as telhas metálicas foram especificadas como do tipo galvanizada e com 0,5mm de espessura.

Todavia, constatou-se que a Construtora Millenium executou a cobertura da quadra completamente em desobediência aos projetos disponibilizados pelo FNDE, ou seja, foram empregadas peças metálicas com comprimentos e espessuras divergentes das especificadas nos projetos para os perfis e para as telhas metálicas.

Após o levantamento in loco das dimensões dos perfis e das telhas utilizados na estrutura da quadra de São José do Bonfim, a CGU, utilizando os pesos lineares dos perfis constantes em publicações de fabricantes e fornecedores, verificou que o total de aço utilizado na cobertura foi de apenas 7.723,26 kg. Portanto, a taxa de aço da estrutura construída foi de 63% em relação ao projeto original. Quanto à telha metálica da cobertura, verificou-se que foram empregadas telhas de zinco, sem pintura, com 0,4mm de espessura, o que corresponde a 80% da espessura prevista em projeto e em material diferente do especificado (fl. 36).

Os itens referentes à cobertura, no valor de R\$ 142.886,52, foram atestados pelo engenheiro fiscal José Girson, tendo sido parcialmente pagos por meio de transferência eletrônica à Construtora Millenium, conforme dados de pagamento disponibilizados pelo município, relacionados a seguir:

(...)

Nesta data, o engenheiro da empresa Millenium era Denis Filho, conforme quadro apresentado inicialmente, o qual embora não assine o Boletim de Medição, afirmou que trabalhou para a empresa Millenium na obra de São José do Bonfim (fl. 944).

Portanto, considerando que os serviços da estrutura metálica foram atestados irregularmente pelo engenheiro responsável pela fiscalização das obras, José Girson, e que o contrato de obras com a Construtora Millenium encontra-se expirado, resta caracterizado o prejuízo ao erário na totalidade paga por estes serviços, executados sem obedecer às especificações do projeto.

Por oportuno, faz-se necessário registrar que as obras estavam paralisadas no momento da inspeção física e que a Prefeitura Municipal de São José do Bonfim/PB não apresentou documentos comprobatórios de que o contrato de execução dos serviços tenha sido prorrogado ou rescindido. Além disso, também não foram apresentadas evidências da aplicação de sanções contratuais à empresa contratada para executar as obras, em especial pelo descumprimento dos prazos contratuais.

Seguem algumas fotos que evidenciam as irregularidades encontradas na execução da estrutura metálica da cobertura da quadra:

(...)

2.1.5. Cancelamento de Nota Fiscal

Por meio de consulta ao sítio da Prefeitura de Patos/PB, município em que está sediada a Construtora Millenium, foram realizadas pesquisas para verificar a autenticidade das notas fiscais faturadas e apresentadas ao município de São José do Bonfim, anexadas nos processos de pagamento do TC nº 7821/2014 (fl. 46/47).

Dentre as notas fiscais consultadas no sítio da Prefeitura de Patos/PB, verificou-se que a Nota Fiscal de Serviço Eletrônica - NFS-e nº 2017/00000000118, emitida em 1º de novembro de 2017, no valor de R\$ 117.070,58, referente ao Boletim de Medição nº 05, apesar de ter sido emitida por aquela empresa, havia sido cancelada posteriormente, ou seja, a referida nota fiscal não é mais válida.

(...)

Cabe destacar que o pagamento da referida nota fiscal foi realizado pela Prefeitura de São José do Bonfim e, desse modo, os recursos destinados a Construtora Millenium não possuem suporte contábil/fiscal válido. Cabe mencionar também que a realização de pagamentos sem suporte fiscal é um facilitador para o desvio de recursos públicos, sobretudo porque, nesse caso, os recursos não transitam necessariamente pela contabilidade da empresa.

Ao final, pugna o MPF pela aplicação de penas privativas de liberdade, pela decretação da perda de cargo, função pública ou mandato eletivo dos réus, como efeito da condenação, e pela fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pelas infrações.

A denúncia ampara-se no PIC 0800113-98.2019.4.05.8205, no IPL 87/2018 (processo n. 0805898-75.2018.4.05.8205) e nos demais procedimentos relacionados à Operação Recidiva: produção antecipada de provas n. 0800087-37.2018.4.05.8205 e n. 0805202-39.2018.4.05.8205 (0805360-94.2018.4.05.8205); as seguintes ações cautelares penais n. 0805794-83.2018.4.05.8205 (Medidas Pessoais); n. 0805804-30.2018.4.05.8205 (Buscas); n. 0805806-97.2018.4.05.8205 (Sequestro) e n. 0805848-49.2018.4.05.8205 (Medidas Pessoais – Fase II).

Foram arroladas testemunhas pela acusação.

DINEUDES POSSIDÔNIO foi preso no dia 22/11/2018 (id. 4058205.3074440, 0805794-83.2018.4.05.8205), permanecendo nesta condição até a presente data.

Recebida a denúncia em 28/02/2019 (id. 4058205.3392317, 0800113-98.2019.4.05.8205).

Respostas à acusação

Citados, os réus apresentaram respostas à acusação.

DÊNIS RICARDO

A defesa de DÊNIS RICARDO (id. 4058205.3452212) aduziu que:

2 - DA PESSOA DO ACUSADO.

Inicialmente, faz-se mister tecer breves linhas sobre quem é DENIS RICARDO GUEDES FILHO, suas origens, vida familiar, escolar, acadêmica e profissional, tudo isso com o objetivo de demonstrar personalidade e conduta social, enfatizando que sempre levou uma vida digna, com lar estruturado, muitos amigos e sem nenhuma nódoa que macule seu passado.

Nascido em Patos/PB na data de 14/06/1990, filho de Denis Ricardo Guedes e Dione Ferreira Ramos Guedes, DENIS RICARDO sempre se destacou por ser uma criança amável e ótimo aluno. Ótimo aluno, estudou nos Colégios Cristo Rei e GEO, onde se destacou não só nas atividades escolares, como também no esporte, sagrando-se campeão em jogos escolares e outras competições no futebol de salão, natação, basquete, vôlei e tênis de mesa.

Já adulto, curso engenharia na prestigiada Universidade Federal de Campina Grande/PB, concluindo o difícil curso com êxito e sem percalços. Vive em união estável com Natália Nóbrega Sousa e possui dois filhos: Maria Lis Nóbrega Guedes, de apenas oito meses de idade, e Marcelo Lucena Freitas Guedes, com cinco anos, este último fruto do casamento anterior.

Nunca foi investigado ou processado criminalmente, razão pela qual a injusta acusação que agora recai sobre DENIS FILHO causou assombrosa estranheza e perplexidade não só para o acusado e sua família, como também para os amigos e conhecidos de modo geral.

Apesar do currículo vitorioso e elogiável, o ora acusado se viu injustamente denunciado por crimes que não cometeu, sem qualquer arcabouço probatório mínimo a alicerçar a frágil petição inicial acusatória, conforme será visto e provado adiante.

(...)

4- PRELIMINARMENTE.

4.1 - DA AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA.

Inicialmente, a inépcia da denúncia é perceptível, uma vez que não há uma demonstração da existência de um liame mínimo entre o denunciado e os fatos a ele imputados, ou seja, não há individualização da sua conduta a denúncia, obrigatoriamente, deve indicar a conduta individualizada dos acusados, desvestida desse requisito ela viola, a um só tempo, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da dignidade da pessoa humana.

A insistência no oferecimento de denúncia em tais circunstâncias revela um abuso processual, merecendo transcrição do posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre violação de princípios:

(...)

No caso ora em debate, percebe-se que a exordial acusatória se encontra omissa e eivada de vícios que impossibilitam o efetivo exercício do direito constitucional de defesa, já que nenhum lugar se indica quais fatos exatamente o réu DENIS FILHO participou ativamente para ser acusado do crime de peculato.

(...)

5 - DO MÉRITO.

5.1 - DA NEGATIVA DE AUTORIA E DA AUSÊNCIA DE DOLO.

De início, não procede a acusação de que houve crime praticado por parte do denunciado DENIS FILHO, pois não se vislumbra nos autos ato/fato que possa ser indicar sua participação no suposto crime de peculato cometido, tornando incapaz de ensejar o jus puniendi do Estado.

Primeiramente, deve-se esclarecer que o réu passou a assumir a responsabilidade técnica da Empresa Construtora Millenium no período de 14/06/2016 a 13/11/2018. Contudo, NUNCA ASSINOU A MEDIÇÃO QUE TRATA DA OBRA OBJETO DA DENÚNCIA.

Em relação a 5a medição, apesar de ter sido assinada durante o período da responsabilidade técnica do denunciado, NÃO FOI ASSINADA POR ESTE. Pelo contrário, DENIS FILHO soube, após tomar ciência da denúncia, que a 5a medição foi assinada pelo engenheiro fiscal da Prefeitura de São Jose do Bonfim-PB.

Vale ressaltar, para um melhor esclarecimento fático, que as medições realizadas anteriormente foram todas de responsabilidade do engenheiro GERALDO PALMEIRA, sendo este o responsável técnico da empresa desde 2014 até agosto de 2017.

Após o afastamento do engenheiro GERALDO PALMEIRA da empresa Construtora Millenium, DENIS FILHO passou a ser o responsável técnico por esta dita obra (CONSTRUCAO DA QUADRA DE SÃO JOSE DO BONFIM), para tanto, emitiu a ART vinculada a de Geraldo Palmeira por determinação do acusado DINEUDES POSSIDONIO, administrador da Construtora Millenium.

Ressalte-se que, apesar de DENIS FILHO ter emitido a ART vinculada a ART de GERALDO PALMEIRA, NÃO FOI ELE QUEM ASSINOU A 5a. MEDIÇÃO (NO VALOR DE R\$ 114.000,00).

(...)

A ausência de qualquer espécie de dolo na conduta do denunciado DENIS FILHO deve ser observada, especialmente, no que é relatado pela própria denúncia relata, tendo em vista que o nome do acusado é mencionado somente duas vezes na denúncia e nada do que foi relatado pode ser considerado elemento subjetivo do crime de peculato.

(...)

5.2 - DA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA.

Na peça acusatória, a inocência do denunciado DENIS FILHO demonstra-se, igualmente, pela ausência de elemento probatório suficiente para embasar a presente denúncia. Assim, ausente a justa causa para o exercício

da ação penal, conforme o art. 395 do Código de Processo Penal, a denúncia deveria ter sido rejeitada ab initio.

(...)

6. DOS PEDIDOS.

Ante todo o exposto, requer-se:

1) O recebimento da presente resposta da acusação e a REJEIÇÃO DA PEÇA INICIAL, nos termos do artigo 395, inciso I, do Código de Processo Penal, conforme narrado supra, por inépcia da denúncia devido à ausência de individualização da conduta do denunciado DENIS FILHO;

2) Caso não seja esse o entendimento de Vossa Excelência, o que não se espera, que o acusado DENIS FILHO seja ABSOLVIDO SUMARIAMENTE, com fundamento no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal, pois estão ausentes elementos probatórios e indiciários que comprovem qualquer conduta criminosa do réu;

(...)

4) Na remota possibilidade de Vossa Excelência não absolver sumariamente o denunciado, apenas em argumentação, no mérito, que SEJA JULGADA IMPROCEDENTE a pretensão punitiva do Estado, absolvendo-se definitivamente o réu DENIS FILHO nos termos do art. 386, incisos V ou VII, do Código de Processo Penal, uma que vez que os fatos narrados evidentemente não constituem crimes.

IVALDO ANTÔNIO

A defesa de IVALDO ANTÔNIO (id. 4058205.3461295) aduziu que:

(...)

II - PRELIMINARES:

(...)

2.1 - Nulidade - Ofensa ao Devido Processo Legal:

O crime de peculato (art. 312, CP) se insere na espécie de crimes funcionais, aplicando-se o procedimento especial do art. 514, caput, do

Código de Processo Penal, que prevê a existência de Defesa Preliminar antes do recebimento da denúncia. Neste ponto, é oportuno destacar que o ora acusado ainda é servidor público, pois exerce mandato de Vereador no Município de Emas - Estado da Paraíba, fazendo jus ao processamento pelo rito especial.

(...)

2.2 -Inépcia de Denúncia (cerceamento de Defesa):

(...)

In casu, o Ministério Público Federal alegou que o defendente assinou boletins ideologicamente falsificado para que o corréu DINEUDES POSSIDONIO pudesse receber valor indevido, todavia, não deixou claro na denúncia como se deu a participação do defendente em tal delito (o que teria ou não sido executado), sendo certo que a inserção do acusado no universo acusatório sem lhe atribuir de modo claro, concreto e objetivo qual teria sido sua contribuição efetiva para a prática do crime imputado ocasiona prejuízo para a defesa, pois a falta de especificação dos fatos é prejuízo evidente à atuação defensiva.

(...)

2.3 - Violação ao Direito de Defesa (Restrição aos Elementos de Prova):

As provas que foram apresentadas pelo Ministério Público Federal juntamente com a denúncia advieram, principalmente, de procedimentos cautelares e pré-processuais em que não houve a participação da defesa, as citar:

(...)

Destes procedimentos citados, existe maior relevância os processos de interceptação telefônica e de interceptação telemática, pois basicamente toda a acusação é embasada em informações e documentos conseguidos por meios destes métodos. No Brasil, é comum e tido como lícito manter em sigilo procedimentos desta natureza na fase pré-processual, todavia, ajuizada a Ação Penal, não pode mais haver “sigilos” afeitos apenas ao “Estado-Juiz” e o “Estado-Acusação”, devendo ser apresentado ao acusado todos os elementos de prova produzidos.

(...)

In casu, a defesa constituída do acusado IVALDO ANTÔNIO PEREIRA LOPES requereu habilitação e acesso aos autos dos procedimentos de Interceptação Telefônica, de Interceptação Telemática, de Busca e Apreensão, bem como dos demais em que existem cautelares pessoais e reais deferidas em favor do Ministério Público, contudo, este douto Juízo só deferiu a habilitação no procedimento principal, dando “calado” como resposta nos demais, o que caracteriza um evidente cerceamento de defensivo.

(...)

III - DO MÉRITO:

(...)

In casu, o Ministério Público Federal não especificou qual a conduta do acusado que ocasionou diretamente uma vantagem indevida ao senhor DINEUDES POSSIDONIO, pois o acusado só atestou a primeira medição da obra do Ginásio Escolar do Município de São José do Bonfim, e não 03 (três) como erroneamente apontou o parquet (não há nos autos nenhum documento que comprove que o senhor Ivaldo Antônio Pereira Lopes tenha atestado a segunda e a terceira medições).

Noutro giro, o defendente apresenta anexo parecer técnico elaborado por profissional especializado em engenharia que que comprova que todos os elementos constantes da primeira medição foram devidamente executados, bem como acosta comprovante de baixa parcial da ART junto ao CREA que comprova que só tem responsabilidade técnica pela primeira medição.

(...)

OSÉ GIRSON

A defesa de JOSÉ GIRSON (id. 4058205.3476958) aduziu que:

(...)

II. 1. PRELIMINARMENTE. Inépcia da Denúncia.

(...)

Não há qualquer imputação de como a parte agiu (ou se agiu) no intuito de desviar os recursos em favor de terceiro, sequer apontando o recebimento dos mesmos, por parte do terceiro apontado, qual seja, Dineudes Possidônio.

(...)

II. 2. PRELIMINARMENTE. Da incompetência do juízo.

Ademais, faz-se necessário ressaltar a incompetência da Justiça Federal para o julgamento do caso presente. Com efeito, no que se refere às verbas federais incorporadas ao patrimônio do Município, como é o caso, a

jurisprudência é clara sobre o fato de que a competência é da Justiça Comum Estadual e não da Justiça Federal. (...)

(...)

II. 3. PRELIMINARMENTE. Ausência de justa causa.

(...)

No caso em epígrafe, observa-se na Denúncia que a divergência principal está pautada no fato de que, em tese, houve desvio de recursos, aduzindo irregularidades na execução da obra. Contudo, houve a efetiva e regular execução da obra, no percentual apontado pelo engenheiro ora defendente, consoante resta demonstrado no parecer técnico elaborado pelo engenheiro civil Robson de Araújo Viana, que segue em anexo (Doc. 02).

(...)

Por outro lado, é inconteste que o objeto da licitação foi devidamente executado, de forma que não há que se falar em dano ao erário perpetrado pelo engenheiro, então denunciado.

(...)

II. 4. NO MÉRITO. Atipicidade da Conduta. Absolvição Sumária.

(...)

Conforme prova robusta que segue em anexo aos autos, a conduta do acusado não se amolda a nenhuma das espécies de peculato, seja apropriação ou desvio. Isso porque, não há qualquer elemento probatório, ou sequer indícios que o defendente, como engenheiro que fiscalizou a obra, tenha desviado recursos em favor de qualquer pessoa, uma vez que os boletins de medição por ele elaborados traduzem a real porcentagem executada pela empresa.

(...)

DINEUDES POSSIDÔNIO

A defesa de DINEUDES POSSIDÔNIO (id. 4058205.3492096) aduziu que:

(...)

II - PRELIMINARES.

II.I - DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO - CLARA CONEXÃO PROBATÓRIA ENTRE ESTA E A OPERAÇÃO DESUMANIDADE.

(...)

O Ministério Público Federal acusa o Peticionário de fazer parte de uma organização criminosa voltada a supostas fraudes licitatórias e desvios de recursos públicos ocorridos em municípios paraibanos nos anos de 2014, 2015 e 2016, ou seja, no período da deflagração da Operação Desumanidade, demonstrando a clara conexão probatória entre esta Operação e a atual Recidiva, evidenciando não só a TOTAL incompetência da deste juízo, como também a patente extemporaneidade da segregação cautelar decretada em face de Dineudes Possidônio.

(...)

II.II - DA INÉPCIA DA DENÚNCIA: AUSÊNCIA DE UM SUPORTE INDICIÁRIO MÍNIMO.

(...)

Ademais, não é raro de se ver, em nossos Tribunais denúncias ineptas, que se valem de responsabilidade objetiva e prescindem de um mínimo de descrição e demonstração indiciária dos crimes por ela imputados.

(...)

Na verdade, basta a leitura da denúncia para perceber que os supostos indícios anunciados pela Acusação ou não servem para demonstrar a participação do Peticionário ou não passam de ilações ministeriais.

(...)

III - DO MÉRITO.

No que tange ao mérito, este defensor, in casu, por estratégia de defesa, reserva-se ao direito de abordar adequadamente todas as questões ao final da instrução processual.

Arroladas testemunhas pelas defesas.

Instrução

A decisão de id. 4058205.3513979 não vislumbrou nenhuma hipótese do art. 397, CPP. As preliminares levantadas pelas defesas foram devidamente apreciadas.

Foi colhida a prova oral em audiência, bem como realizado o interrogatório dos acusados (id. 4058205.3707925).

Nada foi requerido na fase do art. 402 do CPP.

Conforme certificado nos autos (id. 4058205.3707924), os arquivos com os áudios e vídeos encontram-se disponíveis na rede mundial de computadores (“link” indicado naquela certidão).

Alegações finais

MPF

O MPF apresentou, na audiência, alegações finais orais (disponíveis no mesmo “link” acima), afirmando, em essência, que:

- a) o presente processo trata dos desvios de recursos praticados no âmbito da ORCRIM constituída em torno da empresa Millenium, no município de São José do Bonfim;
- b) os outros membros da ORCRIM não foram denunciados porque no caso em tela somente se visualizou a atuação de DINEUDES POSSIDÔNIO;
- c) os desvios foram praticados com auxílio dos funcionários municipais, que produziram o lastro documental que permitiu os desvios, em especial os boletins de medição;
- d) a prova é toda técnica, com base em relatório de auditoria da CGU, que apontou desvio de R\$ 213.000,00;
- e) os responsáveis pelos desvios, conforme documentos nos autos, foram os engenheiros fiscais da prefeitura, que, em dois casos, não chegaram sequer a assinar os boletins de medição;
- f) DÊNIS RICARDO era o responsável técnico pela obra, sendo parte fundamental para a liberação dos recursos, pois sem ele não seria possível a liberação de recursos para a empresa;
- g) a análise bancária demonstra que grande parte dos recursos teve como destinatário DINEUDES POSSIDÔNIO;
- h) não procede a tese defensiva de que os itens poderiam ser corrigidos até o final da obra;
- i) não procede a tese de IVALDO de que não reconhece as assinaturas, devendo ser condenado por ter sido o responsável técnico pela obra, durante boa parte dos desvios;
- j) devem ser condenados todos os réus na forma posta na denúncia.

DINEUDES POSSIDÔNIO

A defesa de DINEUDES POSSIDÔNIO apresentou, na audiência, alegações finais orais (disponíveis no mesmo “link” acima), afirmando, em essência, que:

- a) não ficou comprovado o crime, nem muito menos o dolo específico de desviar os recursos públicos, seja pelos agentes públicos, seja por DINEUDES POSSIDÔNIO;
- b) os engenheiros fiscais, que sequer conheciam as pessoas da Millenium, informaram em juízo que nunca tiveram a intenção de beneficiar a empresa contratada;
- c) o cálculo do prejuízo efetuado pela CGU é irreal;
- d) assim, impõe-se a absolvição do réu, ou, subsidiariamente, a condenação pelo crime continuado.

IVALDO ANTÔNIO

A defesa de IVALDO ANTÔNIO apresentou, na audiência, alegações finais orais (disponíveis no mesmo “link” acima), afirmando, em essência, que:

- a) em preliminar, requer a nulidade do parecer da CGU, porque foi subscrito por pessoa que não participou da fiscalização “in loco”, além de, como afirmado em audiência, ser originado de “parceiro” do MPF;
- b) os acusados têm boa índole, o que indica que deve ser dada credibilidade às suas alegações;
- c) nenhum dos réus teve o dolo de desviar os recursos, tendo inclusive DINEUDES POSSIDÔNIO afirmado que os valores recebidos do município foram reinvestidos na obra pública em tela;
- d) não há provas de que houve o desvio dos recursos públicos ou prejuízo para o município, ou, ainda que tenha ocorrido, inexistente vínculo de IVALDO ANTÔNIO com os fatos;
- e) foi apresentado pelo denunciado relatório técnico que afasta as imputações;
- f) pugna, então, pela absolvição.

A defesa de DÊNIS RICARDO apresentou alegações finais por meio de memoriais, afirmando, “in verbis”, que (id. 4058205.3735854):

(...)

2.1 - DA NÃO COMPROVAÇÃO DO CRIME DE PECULATO IMPUTADO A DENIS FILHO.

De acordo com as provas produzidas durante a instrução processual, não procede a acusação de que houve crime praticado por parte do denunciado DENIS FILHO, pois não se vislumbra nos autos ato/fato que possa indicar sua participação no suposto crime de peculato, sendo imperiosa sua absolvição.

Conforme visto, o réu passou a assumir a responsabilidade técnica da Empresa Construtora Millenium no período de 14/06/2016 a 13/11/2018. Contudo, NUNCA ASSINOU A MEDIÇÃO QUE TRATA DA OBRA OBJETO DA DENÚNCIA.

(...)

DENIS FILHO, em nenhum momento, teve a intenção de beneficiar a empresa. Não há nenhuma prova de que tenha agido com dolo. Aliás, não há sequer provas de que a Construtora Millenium se beneficiou com a construção da quadra.

(...)

Não há provas de enriquecimento ilícito por parte de DENIS FILHO: não há qualquer prova de que ele tenha se apropriado ou desviado em próprio ou alheio dinheiro ou bem público. A acusação não se sustenta. A absolvição se impõe.

3. DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL AMPLAMENTE FAVORÁVEIS AO ACUSADO DENIS FILHO.

Apenas em homenagem à argumentação, já que não há provas de que o DENIS FILHO tenha praticado os delitos imputados pelo MPF, calha trazer à baila que todas as circunstâncias judiciais presentes no art. 59 do Código Penal são benéficas, de modo que em caso de condenação - o que não se espera - a pena base deverá fixada no patamar mínimo.

(...)

4. DAS PENAS ALTERNATIVAS OU DO REGIME ABERTO PARA INÍCIO DE EVENTUAL CUMPRIMENTO DE PENA.

Por fim, douto julgador, caso DENIS FILHO seja condenado, mesmo diante da inexistência de provas nesse sentido, por tudo o que foi exposto e devidamente fundamentado nestas alegações finais e nos autos, outra opção não há que não seja a imposição de penas restritivas de direito, nos precisos termos do art. 44 do Código Penal.

Porém, caso Vossa Excelência entenda não ser cabível a substituição da reprimenda por penas alternativas, deve-se destacar que o réu faz jus ao regime inicial mais brando para o cumprimento de sua pena, qual seja, o regime aberto.

(...)

OSÉ GIRSON

A defesa de OSÉ GIRSON apresentou alegações finais por meio de memoriais, afirmando, "in verbis", que (id. 4058205.3742138):

(...)

a) Das Provas Apuradas na Instrução. Atipicidade da Conduta.

Após todas as provas apuradas no bojo da instrução, não restaram elementos hábeis a condenação do ora manifestante, sobretudo quanto a conduta que lhe foi atribuída.

(...)

Portanto, é evidente e nítido, que houve a regular fiscalização da obra por parte do defendente, com a indicação do percentual efetivamente executado, de sorte que o valor pago pela edibilidade foi realmente executado, configurando a inexistência do fato narrado pelo Parquet, não merecendo o Denunciado sofrer toda a via crúcis de um processo criminal, ultima ratio do direito, quando se verifica, de plano, que no futuro, não restará outra hipótese senão a absolvição consoante art. 386, III, do Código de Processo Penal.

b) Da necessidade de absolvição diante da "anemia" do arcabouço probatório.

A instrução probatória, não infirmou a versão esposada pelo acusado (negativa da autoria), proclamada na fase judicializada. Em decorrência das peculiaridades do feito, visto que salta aos olhos a inexistência de provas plenas e irrefutáveis de autoria delitiva produzidas em juízo e sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

(...)

Assim, ante a manifesta anemia probatória hospedada pela demanda, impossível é sazonar reprimenda penal contra o acusado, embora a mesma seja perseguida, de forma equivocada, pelo ilustre integrante do parquet, deve o acusado, caso não absolvido pelos motivos anteriormente expostos, sê-lo, à luz do princípio do In Dúbio Pro Reo (art. 386, VII, do CPP).

Antecedentes juntados.

É o relatório. Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

- Preliminares

As preliminares levantadas nas respostas à acusação (v.g., inépcia da denúncia, existência de conexão com outros processos etc.) foram devidamente refutadas na decisão de id. 4058205.3513979, de sorte que desnecessário (ainda que repetidas aquelas em alegações finais) reapreciá-las nesta sentença.

Há, todavia, uma preliminar nova, a de nulidade do parecer da CGU, porque foi subscrito por pessoa que não participou da fiscalização “in loco”, além de, como afirmado em audiência, ser originado de “parceiro” do MPF.

De fato, o Sr. Gabriel Aragão Wright, Superintendente da CGU-REGIONAL/PB e signatário daquele documento, esclareceu em audiência que a ação de controle foi realizada por auditores da CGU, sendo o relatório assinado pelo Superintendente para resguardar os técnicos. Após, instada pelo juiz, aquela autoridade revelou na audiência os nomes dos servidores.

Não há qualquer nulidade no procedimento seguido pela CGU.

Como assente na jurisprudência (v.g., ACR - Apelação Criminal - 11715 2008.84.01.000943-8, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 08/08/2018 - Página: 76), os relatórios de auditoria de órgãos de controle (v.g., CGU) são documentos elaborados por técnicos, servidores públicos cujos atos são dotados de fé pública. O resultado da auditoria através do relatório submete-se ao crivo do contraditório em juízo, podendo as partes, inclusive, requerer a intimação de técnicos como testemunhas (quando demonstrada a necessidade e utilidade do depoimento), bem como apresentar outros elementos de prova que infirmem as conclusões ali constantes.

Assim, atuando alguns servidores públicos nos trabalhos de campo, nada impede que a chefia à qual vinculados encampe o relatório, garantindo aos responsáveis pelas fiscalizações “in loco” a tranquilidade de que não serão vítimas de tentativas de intimidação pelos investigados. Naturalmente, poderiam os réus demonstrar, objetivamente, que as conclusões do corpo técnico são equivocadas, sendo, no ponto, irrelevantes os nomes dos signatários do relatório. Também seria cabível submeter ao juízo a análise de eventual parcialidade (v.g., por inimizade pessoal com os investigados) dos auditores, o que, caso concretamente demonstrada, levaria à inutilização daquele trabalho.

No caso concreto, a análise objetiva das conclusões dos auditores da CGU será feita ao longo desta sentença. Quanto a eventual parcialidade, não a acolho. Os nomes dos técnicos foram revelados em audiência judicial, sem qualquer impugnação dos acusados. O simples fato de a CGU ser “parceira” do MPF, porquanto órgão de controle interno - e tomado aqui o termo no seu sentido mais adequado (i.e., como interessada não na condenação a qualquer título, mas sim na completa elucidação dos fatos) -, não desqualifica o relatório.

Rejeito a preliminar.

Não havendo mais preliminares, passo ao mérito.

- Mérito (considerações gerais)

PECULATO

O Ministério Público Federal imputou aos réus a prática do delito tipificado no artigo 312 do Código Penal, que possui a seguinte redação:

Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Ao examinar o núcleo do tipo penal que descreve o peculato próprio (peculato-apropriação e peculato-desvio) previsto no art. 312, “caput”, CP, caracterizado pela anterior posse do bem apropriado pelo funcionário público, Júlio Fabbrini Mirabete (Código Penal Interpretado. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 1686 e 1690) afirma que (grifos não originais):

No **peculato próprio**, definido no **“caput” do art. 312**, as condutas típicas [do **funcionário público**] constituem em **apropriação ou desvio**. No peculato **apropriação**, o agente **dispõe a fazer sua a coisa de que tem a posse legítima**, pressuposto do crime. Se ilegítima, ou se o bem não está sob a guarda da Administração, pode ocorrer outro delito. No conceito de posse inclui-se não só a detenção material, como o poder de disposição dos bens. (...)

A **segunda hipótese** de peculato próprio é o de **desviar** a coisa. Desviar significa mudar de direção, alterar o destino ou a aplicação. **O agente dá à coisa destinação diversa da exigida, em proveito próprio ou de outrem**. O proveito a que se refere a lei tanto pode ser material como moral, auferindo o agente outra vantagem que não de natureza econômica.

Mais adiante, o mesmo doutrinador tece considerações sobre o peculato-furto (obra citada. p. 1697 – grifos não originais):

O **peculato impróprio**, também **denominado na doutrina de peculato-furto**, previsto no **art. 312, § 1º**, é caracterizado não pela apropriação, mas pela subtração. **O agente não tem a posse da “res” e o crime não ocorre no exercício de sua função, mas pela facilidade que a condição de funcionário lhe concede para a prática da conduta de subtrair coisa do ente público ou de particular sob custódia**.

Na **primeira hipótese** inscrita no tipo previsto no § 1º do art. 312, o **funcionário subtrai a coisa nas condições que lhe são oferecidas pela sua qualidade**. Na **segunda**, o **funcionário concorre para a subtração praticada por um terceiro que, ciente das circunstâncias do fato, responde por peculato, embora possa não ser funcionário público**. O dolo é a vontade de praticar uma das condutas incriminadas.

Como visto no relatório desta sentença, as imputações são de desvios, em proveito de DINEUDES POSSIDÔNIO e de sua empresa, de parte das verbas federais descentralizadas pelo termo de compromisso 7821/2014 (quadra escolar coberta), os quais somente ocorreram pela atuação (v.g., atesto indevido de serviços, não realizados ou desconformes com o projeto, por engenheiros fiscais) de funcionários do município de São José do Bonfim/PB.

As condutas, em abstrato e em concreto (como será demonstrado posteriormente), amoldam-se ao tipo penal de peculato-furto (art. 312, §1º, CP): “o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, (...) concorre para que seja subtraído em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário”.

Em reforço, confira-se (grifos não originais):

HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. IMPROCEDÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Habeas corpus impetrado em favor de Marlus Fernando De Brito Melo (paciente) das decisões pelas quais o Juízo recebeu a denúncia e rejeitou a absolvição sumária dele, na ação penal a que responde o paciente, juntamente com outros 12 réus, pela prática, em tese, dos crimes de quadrilha ou bando (atual associação criminosa) e de **peculato-furto**, em concurso material. CP, Art. 288 (redação original); Art. 312, § 1º; e Art. 69; CPP, Art. 396 e Art. 397. 2. Impetrante sustenta, em suma, que inexistente justa causa para a ação penal, diante da ilegitimidade passiva do paciente; que inexistente, na estrutura administrativa da Secretaria de Transportes (Setrans) cargo cuja função consista na **medição de etapas de obra pública**; que essa responsabilidade é exclusiva do engenheiro fiscal designado para essa finalidade; que inexistente dolo na conduta do acusado, sendo, por isso, atípica. Requer o trancamento da ação penal. Liminar indeferida. Parecer da PRR pela denegação da ordem. 4. Alegação de inépcia da denúncia. Improcedência. Descrição, na denúncia, da existência de provas documentais, periciais e orais das constatações relativas às fraudes nos procedimento de licitação, ao crime de peculato, ao crime de corrupção ativa e ao crime de quadrilha ou bando (redação original); depois, o MPF passou à individualização das condutas dos acusados, dentre os quais o paciente, afirmando que ele "tinha pleno conhecimento da **elaboração dos boletins de medição ideologicamente falsos que instruíram os processos de pagamento** (7ª e 8ª medições do Contrato nº 59/2008) e [ainda] assim os homologou, **concorrendo para o desvio de recursos públicos destinados à obra do Porto de Luís Correia**"; imputação de que o paciente "associou-se aos demais denunciados para engendrar um esquema pernicioso dentro da [Setrans], de forma permanente e estável, com clara divisão de tarefas, visando à prática de crimes de licitação, falsidade documental e de desvio de recursos públicos". Denúncia que atende aos requisitos legais e em relação à qual não se acham presentes, de plano, quaisquer das hipóteses autorizadoras de sua rejeição. CPP, Art. 41 e Art. 395. 5. **Alegação de atipicidade. Improcedência, porquanto a conduta de concorrer para a prática de peculato é típica.** CP, Art. 312 e Art. 29. Ademais, a questão de saber se as provas existentes nos autos são suficientes, ou não, para estabelecer a responsabilidade penal do paciente está inextricavelmente interligada com a necessidade de aguardar a conclusão da instrução processual. 6. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 0063017-83.2016.4.01.0000, JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.), TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 14/03/2018)

Mesmo que os boletins de medição da obra não estivessem assinados por engenheiros fiscais, persistiria o peculato. É que os processos de pagamento trazem notas de empenho em que o tesoureiro atesta a realização correta da despesa, no mínimo, assumindo o risco de que os serviços não tivessem sido realizados (e alguns deles não foram). Aquele funcionário público deixou de observar, entre outros dispositivos, os art. 62 e 63 da Lei 4.320/64, que impõem a obrigatoriedade de o pagamento ser antecedido da correta liquidação da despesa – ou seja, da verificação da exata importância devida.

O MPF também menciona, “en passant”, que os engenheiros fiscais teriam cometido falsidade ideológica, quando assinaram boletins de medição que não correspondiam à realidade, seja porque aqueles documentos anteciparam os prazos de faturamento (item 2.1.6 da denúncia), seja porque eles atestaram indevidamente serviços, não realizados ou desconformes com o projeto. Contudo, corretamente, o “parquet” não imputa, autonomamente, o crime do art. 299 do CP, porque incide na espécie o princípio da consunção. Em reforço, confira-se (grifos não originais):

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. PECULATO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONALIDADE. ANÁLISE EM RELAÇÃO A OUTRO DELITO. DESCABIMENTO. CAUSA DE AUMENTO. ART. 327, § 2º, DO CP. INCLUSÃO INDEVIDA. INOVAÇÃO RECURSAL. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. 1. A exasperação da pena-base está devidamente fundamentada no desvalor atribuído às circunstâncias do crime, uma vez que não está lastreada apenas no tempo em que foi a conduta praticada, mas, principalmente, no fato de que houve **falsidade ideológica na prática delitiva, a qual se considerou absorvida pelo peculato, pela aplicação do princípio da consunção**. 2. A análise da proporcionalidade da reprimenda aplicada é feita em relação à gravidade dos fatos que estão sendo analisados, e não quanto a fatos julgados em outro processo. 3. A alegação de que seria inaplicável a causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal ao caso concreto, em razão da ausência de pedido do Ministério Público, foi trazida apenas por ocasião do regimental, o qual não comporta inovação em relação ao que foi deduzido no recurso especial. 4. Sendo a reprimenda superior a 4 anos, inviável o pedido de fixação de regime aberto ou substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1284943/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 10/04/2013)

Também registra a denúncia que, no CREA/PB, desde 21/08/2017, o engenheiro da Construtora Millenium responsável pela obra era DÊNIS RICARDO. A responsabilidade pelo crime do art. 312 do CP foi-lhe atribuída porque “mesmo não assinando o 5º Boletim de Medição, afirmou que trabalhou para a empresa Millenium na obra de São José do Bonfim”. Nesses termos, será analisada a imputação.

Usualmente, os peculatos em obras públicas ocorrem em sucessivos pagamentos (i.e., um para cada boletim de medição) ao agente beneficiado, em circunstâncias de execução semelhantes. Trata-se, portanto, em regra, da prática (mediante mais de uma conduta) de crimes da mesma espécie e nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, com unidade de desígnios (elemento subjetivo), de sorte que se impõe sejam os subsequentes havidos como continuação dos anteriores (CP, art. 71). Em reforço, confiram-se (grifos não originais, casos apenas semelhantes, mas em tudo aplicáveis ao sob exame):

PENAL. CRIME DE PECULATO FURTO EM CONCURSO COM CRIME DE ESTELIONATO QUALIFICADO. FUNCIONÁRIO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. SUBTRAÇÃO, EM PROVEITO PRÓPRIO, DE VALORES DE CONTA CORRENTE, VALENDO-SE DAS FACILIDADES DO CARGO. FALSIFICAÇÃO DE ASSINATURA DE CORRENTISTA EM CHEQUES, AVISOS DE DÉBITO E GUIAS DE RETIRADA. EMENDATIO LIBELLI EM SEGUNDO GRAU. NÃO TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTELIONATO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DA ELEMENTAR FRAUDE NOS FATOS INCRIMINADOS. SAQUES REALIZADOS PELA RÉ PESSOALMENTE. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS. CONCURSO DE AGRAVANTES E ATENUANTES. PREVALÊNCIA DAS AGRAVANTES OBJETIVAS. CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO I - Afastada a tipificação das condutas no crime de estelionato previsto no artigo 171, § 3º do Código Penal, por não ter restado demonstrada no conjunto probatório a realização da elementar consistente no emprego de fraude na obtenção da vantagem indevida. II - Conjunto probatório uníssono no sentido de que a ré não induzia em erro os funcionários que trabalhavam nos caixas da agência a realizar saques indevidos, mediante o desconto dos cheques da correntista em que apunha as assinaturas falsas, mas era ela própria quem realizava tais operações, pois em todos os cheques que descontava nos caixas era lançado seu "visto", de tal forma que assumia a responsabilidade pelos lançamentos deles decorrentes. Ademais, tais funcionários não efetuavam a conferência das assinaturas constantes dos cheques apresentados a desconto pela apelante, mas se viam exonerados de verificar sua convergência com a ficha de assinaturas, pois pressupunham a legitimidade do documento. III - **Reconhecida a não realização da elementar "fraude" do modelo legal do estelionato, impondo-se a nova definição jurídica dos fatos incriminados, para sua subsunção unicamente ao tipo penal do peculato-furto, pois prevalece no conjunto probatório a conduta da apelante de se apropriar dos recursos da correntista da agência em que desempenhava suas atividades, valendo-se para tanto das facilidades proporcionadas por sua condição de funcionária da instituição financeira.** IV - É cediço que o cabimento da emendatio libelli (art. 383 do CPP) em segundo grau, em se tratando de recurso exclusivo da defesa, deve respeitar os limites do art. 617 do CPP, que proíbe a reformatio in pejus, pois o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da sua classificação legal. V - Reconhecida a materialidade delitiva nas **108 (cento e oito) operações de saque irregulares na conta-corrente**

realizadas pela apelante, diante da inautenticidade das assinaturas constantes de 70 (setenta) cheques, falsificadas pela apelante e por ela descontados no período de 14.01.1999 a 29.03.2000, apurada ainda a realização de 34 (trinta e quatro) saques por meio de "avisos de débito" no período de 11.01.1999 a 16.09.1999, por meio dos quais a apelante efetuava o pagamento de suas contas pessoais (água, luz, telefone, condomínio, plano de saúde, IPVA), além da realização de saques por meio de "guias de retirada", num total de 04 (quatro) guias. VI - Autoria delitiva é incontroversa, ante a confissão proferida pela apelante em todas as instâncias de apuração, assumindo a responsabilidade pelos saques realizados por meio de tais títulos, além do fato de que a apelante restituiu à Caixa Econômica Federal os valores neles representados, confissão que restou corroborada pelo laudo pericial elaborado pela Caixa Econômica Federal. VII - As circunstâncias judiciais, na forma como consideradas na sentença, transcenderam os limites do artigo 59 do Código Penal para ingressar nas circunstâncias legais definidoras de agravantes e atenuantes, como também de causa de aumento da pena. Tal ocorreu quanto às circunstâncias relacionadas ao prolongamento da prática delitiva, circunstância relacionada ao cabimento da continuidade delitiva, assim como em relação à dissimulação e ao motivo fútil, circunstâncias elencadas no artigo 61, II do Código Penal para o agravamento das reprimendas. VIII - Fixada a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão, tida como a recomendável para a adequada reprovabilidade da conduta e prevenção do crime, reconhecido que as circunstâncias e o modus operandi empregado nas subtrações incriminadas revelaram que a apelante fez uso de seus conhecimentos de profissional do setor bancário e do treinamento recebido da CEF, desvirtuando-os para, por meio deles, alcançar com maior facilidade e eficácia seu intento delituoso, valendo-se ainda da credibilidade da Caixa Econômica Federal na consecução do desfalque perpetrado, além do prestígio e reputação que gozam no seio social os servidores da Caixa Econômica Federal, auxiliando a apelante na captação dos recursos e para angariar a confiança da correntista. IX - Merecem consideração para o agravamento da reprimenda, na 2ª fase, o fato dos delitos terem sido cometidos mediante traição, considerada esta contra a correntista, pois a apelante foi desleal e traiu a amizade e a confiança que a cliente nela depositava após décadas de relacionamento bancário. Outra agravante é a dissimulação, considerada esta em relação aos demais funcionários da agência, ao invocar a apelante sua amizade com a correntista para afastar as suspeitas quanto à sua prática criminosa. Por fim, incide a circunstância da prática do crime contra pessoa idosa (correntista nascida em 04.04.1930), pois a idade avançada e baixo grau de instrução (2º ano primário) da correntista facilitaram a atuação da apelante e tornaram mais remotas as possibilidades de que fossem descobertas suas falcatruas pelo menor discernimento para resistência às suas investidas. X - Incidência das atenuantes da confissão espontânea, já que em todas as instâncias de apuração a apelante sempre admitiu a prática delitiva e prestou informações fidedignas que foram posteriormente confirmadas pela prova pericial, bem como do arrependimento, pelo fato de ter ressarcido na integralidade os prejuízos causados à CEF antes da sentença condenatória, minorando as conseqüências do crime, não estando configuradas as hipóteses de arrependimento eficaz e arrependimento posterior. XI - Verificado o concurso de causas de aumento e de

diminuição, devem prevalecer as circunstâncias agravantes, por serem as circunstâncias objetivamente preponderantes no contexto delituoso, tendo em vista que as atenuantes não refletem a personalidade positiva da apelante, mas tão somente a sua intenção de minorar as conseqüências dos crimes praticados e assim reduzir ou mesmo excluir eventual sanção penal. Majoração da pena em 1/6 (um sexto), resultando, na segunda-fase, na pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. XII - Na terceira fase, de rigor a incidência da causa legal de aumento genérica da **continuidade delitiva prevista no artigo 71, caput do Código Penal, no fato do crime de peculato-furto ter sido cometido por 108 (cento e oito) vezes, de forma reiterada ao longo de dois anos (anos 1999 e 2000), sempre mediante o saque não autorizado de valores depositados na conta corrente da mesma correntista, mediante a falsificação das assinaturas desta em cheques, avisos de débitos ou guias de retirada, os quais eram pessoalmente descontados pela apelante nos caixas da agência em que trabalhava, valendo-se do acesso que sua condição de funcionária permitia.** XIII - Na terceira fase, majorada em 1/3 (um terço) a pena de 5(cinco) anos e 10 (dez) meses imposta, resultando na reprimenda final de 8 (OITO) ANOS E 9 (NOVE) MESES DE RECLUSÃO, fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, caput e § 3º do Código Penal. XIV - Atendendo às circunstâncias judiciais desfavoráveis e às agravantes incidentes, fixada a pena pecuniária em 120 (cento e vinte) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo a unidade, em vigor à época dos fatos, tendo em vista a condição econômica da apelante. VI - Apelação parcialmente provida (ACR 00017934220014036103, DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 2 DATA:18/06/2009 PÁGINA: 15)

PROCESSO PENAL. ACÓRDÃO LOCAL EM PARTE CONSONANTE E EM PARTE DISSONANTE DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. DECISÃO MONOCRÁTICA EM RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. (...) PENAL. **PECULATO/DESVIO. TERMO A QUO DO LAPSO PRESCRICIONAL. MOMENTO CONSUMATIVO DO DELITO.** DESTINAÇÃO DIVERSA DO DINHEIRO OU VALOR DISPONÍVEIS AOS AGENTES. OBTENÇÃO DO PREJUÍZO PRÓPRIO OU ALHEIO. DESNECESSIDADE. 7. O marco inicial para a contagem da prescrição é o momento da consumação da infração penal. 8. Em se tratando de **peculato desvio**, delito plurissubsistente, cuja conduta pode ser fracionada em vários atos, **o momento consumativo ocorre quando há efetiva destinação diversa do dinheiro ou valor de que tem posse o agente, independente da obtenção material do proveito próprio ou alheio.** 9. In casu, o desvio das verbas públicas ocorreu quando do empenho das ordens de pagamento dos valores e não da assinatura do contrato, pois, neste momento, ainda não se encontravam os valores na esfera de disponibilidade dos autores da infração penal. PENAL. **PECULATO/DESVIO. SUCESSIVOS ADITAMENTOS E PAGAMENTOS. CRIMES AUTÔNOMOS. CONTINUIDADE DELITIVA.** RECONHECIMENTO. 10. Consumando-se o crime de

peculato desvio no momento em que desviada a verba pública, **a realização sucessiva de novos empenhos de pagamento importa em novos desvios de dinheiro público e, portanto, tipificam crimes autônomos.** 11. Estando **presentes as condições do art. 71 do Código Penal, é de rigor a manutenção do reconhecimento da continuidade delitiva na espécie.** (...). (AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1045631 2008.00.73047-4, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:18/11/2011)

Por outro lado, o concurso material (CP, art. 69) restará presente quando, por mais de uma conduta, forem praticados dois ou mais crimes. Não é possível aplicar a regra mais benéfica do art. 71 do CP (crime continuado) se presente a habitualidade delitiva (e tal solução deve ser aplicada para as condutas concretizadas no seio de ORCRIM, por seus membros, haja vista que eles fazem do crime um meio de vida). Confira-se (grifos não originais):

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. 1. (...) ROUBO. COMETIMENTO DE DOIS DELITOS. CONCURSO MATERIAL. CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 71 DO CP. NÃO PREENCHIMENTO. REITERAÇÃO DELITIVA. CONFIGURAÇÃO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. 1. Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (art. 71 do CP) (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva). 2. **Constatada a reiteração criminosa, e não a continuidade delitiva, inviável acoimar de ilegal a decisão que negou a incidência do art. 71 do CP, pois, na dicção do Supremo Tribunal Federal, a habitualidade delitiva afasta o reconhecimento do crime continuado.** 3. (...) (HC 201200712631, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 26/11/2012)

Assim, se um dos acusados, agindo com habitualidade (i.e., mormente para aqueles que forem membros da ORCRIM), tiver atuado em mais de um peculato, receberá, em cúmulo, as penas previstas.

- Mérito (caso concreto - principais constatações e elementos de prova correspondentes)

Para facilitar a análise das imputações, a ser feita posteriormente, é oportuno relacionar uma série de constatações (i.e., afirmações sobre matéria fática), amparando cada uma delas nos elementos de prova que a demonstram e, se for o caso, já refutando as teses defensivas que pretendem dar àqueles interpretação diversa.

Tal procedimento evita que os itens de convicção sobre os fatos (v.g., os relatórios da CGU) tenham de ser repetidos várias vezes ao longo da fundamentação desta sentença, mais especificamente quando analisada cada imputação.

Para permitir a correta identificação de qual constatação é referenciada em momento posterior, a cada uma delas é atribuído um número.

Constatação 01

É certo afirmar, acima de qualquer dúvida razoável, com base na prova presentes nos autos, que:

Na cobertura da quadra escolar construída com recursos do termo de compromisso 7821/2014 (SIMEC 1008483), firmado entre a Prefeitura de São José do Bonfim/PB e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, foram empregadas telhas de zinco, sem pintura, com 0,4 mm de espessura.

O projeto da quadra em tela, que embasou a celebração do contrato com a Construtora Millenium, previu que a cobertura e os fechamentos laterais fossem realizados com telhas de aço galvanizado onduladas de 0,5 mm.

A referida empresa, com atuação de DINEUDES POSSIDÔNIO, ao assinar o contrato, comprometeu-se a executar os serviços com as especificações acima.

O emprego de telhas de zinco, sem pintura e com espessura de 0,4mm, em desconformidade com o projeto e o contrato, importou em prejuízo aos cofres públicos.

De modo semelhante, também com dano ao erário, em várias peças metálicas da cobertura (v.g., treliças e terças), os comprimentos e espessuras constatados “in loco” divergem das especificações do projeto e, por conseguinte, do contratado com a Construtora Millenium.

Amparam a constatação acima os seguintes elementos:

a) relatório elaborado por auditores da Controladoria-Geral da União (CGU) em decorrência de ação de controle na quadra coberta com vestiário objeto do termo de compromisso 7821/2014 (SIMEC 1008483), firmado entre a Prefeitura de São José do Bonfim/PB e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE (id. 4058205.3380121, p. 7 a 11, 0800113-98.2019.4.05.8205);

b) memorial descritivo de projeto padrão para quadra poliesportiva com vestiários (980,40 m²), anexo ao processo licitatório TP 3/2014, decorrente do termo de compromisso PAC2 7821/2014 (id. 4058205.3380149, p. 6, e 4058205.3380179, p. 19, 0800113-98.2019.4.05.8205), prevendo, entre outros pontos, que “a cobertura será em forma de arco conforme projeto, com a utilização de telhas de aço galvanizado ondulada de 0.5 mm de espessura, na cobertura e nos fechamentos laterais”;

c) planilha orçamentária da quadra em tela, anexa ao processo licitatório TP 3/2014, que traz os seguintes itens: “6.1 Estrutura de aço em arco vão de 30m; preço unitário por m² de R\$ 93,08; quantidade a ser executada de 1.114 m²; preço total de R\$ 103.691,12” e “6.2 Telha metálica em chapa galvanizada e=0,5mm; preço unitário por m² de R\$ 36,48; quantidade a ser executada de 1.114 m²; preço total de R\$ 40.638,72” (id. 4058205.3380149, p. 10, e 4058205.3380179, p. 5, 0800113-98.2019.4.05.8205);

d) com a atuação de DINEUDES POSSIDÔNIO (v.g., id. 4058205.3380390, p. 7, e 4058205.3380421, p. 1, 0800113-98.2019.4.05.8205), proposta da Construtora Millenium no processo licitatório TP 3/2014 (vencedora do certame – id. 4058205.3380416, p. 6, 0800113-98.2019.4.05.8205), que traz os seguintes itens: “6.1 Estrutura de aço em arco vão de 30m; preço unitário por m² de R\$ 92,14; quantidade a ser executada de 1.114 m²; preço total de R\$ 102.643,96” e “6.2 Telha metálica em chapa galvanizada e=0,5mm; preço unitário por m² de R\$ 36,12; quantidade a ser executada de 1.114 m²; preço total de R\$ 40.242,58” (id. 4058205.3380398, p. 6, 0800113-98.2019.4.05.8205);

e) projetos padrão FNDE para quadra coberta (id. 4058205.3380149, p. 22 e ss., 0800113-98.2019.4.05.8205).

Destaco daquele relatório da CGU, por relevantes, os seguintes pontos:

2.2.6. Atesto e pagamento irregular pelos serviços referentes à cobertura da quadra (perfis metálicos e telhas). os quais foram executados em desacordo com os projetos, causando prejuízo de R\$ 117.070,58.

(...)

Ainda em relação à cobertura, apesar de o projeto disponível no sítio do FNDE conter um quadro resumo do aço que será aplicado na estrutura, não constam informações sobre o peso total dessa estrutura, tampouco há informações quanto ao peso linear de cada uma das peças que a compõem. Contudo, essa informação pode ser obtida no próprio sítio do FNDE, junto ao memorial descritivo deste modelo padrão de quadra (2014), onde consta que a estrutura da cobertura desta quadra tem o peso total de 12.255 Kg.

Por meio de análise dos projetos, referentes às peças que compõem a cobertura, considerando o peso linear constante em publicações de fabricantes e fornecedores para cada um dos elementos, a CGU-Regional/PB verificou que o peso total do aço orçado pelo FNDE para a estrutura (12.255 Kg) está compatível com os projetos, salientando-se que as telhas metálicas foram especificadas como do tipo aço galvanizado e com 0,5mm de espessura.

Todavia, constatou-se que a Construtora MILLENIUM Ltda. executou a cobertura da quadra completamente em desobediência aos projetos disponibilizados pelo FNDE, ou seja, foram empregadas peças metálicas com comprimentos e espessuras divergentes das especificadas nos projetos para os perfis e para as telhas metálicas.

Após o levantamento “in loco” das dimensões dos perfis e das telhas utilizados na estrutura da quadra de São José do Bonfim/PB, a CGU-Regional/PB, utilizando os pesos lineares dos perfis constantes em publicações de fabricantes e fornecedores, verificou que o total de aço utilizado na cobertura foi de 7.723,26 Kg. (...) Quanto à telha metálica da cobertura, verificou-se que foram empregadas telhas de zinco, sem pintura, com 0,4mm de espessura, o que corresponde a 80% da espessura prevista em projeto e em material diferente do especificado.

Mais adiante, como legendas das fotos que acompanham aquele documento, os auditores detalharam em quais peças metálicas os comprimentos e espessuras divergem das especificadas nos projetos:

- a) treliça principal de sustentação da cobertura: executada com 66 cm de altura, inferior à prevista no projeto (80 cm);
- b) treliça: executada com 127 mm de largura, inferior à prevista no projeto (150 mm);
- c) contraventamento: executado com cabo de 4,4 mm de espessura, inferior à prevista no projeto (varão de 10 mm de espessura);
- d) terça: executada com 100 mm de largura, inferior à prevista no projeto (150 mm);
- e) placa para apoio da estrutura da coberta nos pilares: não executada, ao passo que o projeto previa sua colocação, com 12,5mm de espessura.

Ouvido em juízo (“link” no relatório desta sentença), o Sr. Gabriel Aragão Wright, Superintendente da CGU-REGIONAL/PB e signatário daquele documento, esclareceu que: a ação de controle foi realizada por auditores da CGU, sendo o relatório assinado pelo Superintendente para resguardar os nomes dos técnicos [instada pelo juiz, a autoridade revelou na audiência os nomes dos técnicos]; os perfis metálicos são as peças que compõem a cobertura; não sabe dizer se as notas fiscais de aquisição, pela empresa contratada (Millenium), dos perfis metálicos foram solicitadas pela equipe de auditoria; apenas a equipe técnica pode dizer se cada perfil metálico tem um código específico que o identifique, bem como se, mudando-se o fabricante, para um mesmo perfil, os pesos

seriam um só ou diferentes; a memória de cálculo não está no texto do relatório, mas deve estar arquivada na CGU.

Como visto acima, os auditores da CGU registraram que o total de aço utilizado na cobertura foi de 7.723,26 Kg, bastante inferior ao previsto no projeto (12.255 Kg). Contudo, não foi possível localizar nos autos judiciais memórias de cálculo que amparem a conclusão, tendo o Sr. Superintendente da CGU informado que, possivelmente, elas se encontram arquivadas naquele órgão. Tais elementos deveriam acompanhar o relatório em tela, porque permitiriam a verificação do (des)acerto da metodologia utilizada, dos dados analisados e dos resultados, questões que interessam a todos os atores processuais (juiz, defesa e acusação).

É verdade, em outra direção, que os relatórios técnicos dos órgãos de controle gozam de presunção de veracidade, devendo prevalecer enquanto não refutados, concretamente (i.e., com apoio em elementos objetivos), pela defesa. Em caso semelhante, decidiu o TRF 3a. Região (grifos não originais):

Os elementos colhidos em auditoria realizada pela Previdência Social, mediante a análise dos livros fiscais e folhas de pagamento dos empregados da empresa, **gozam de presunção de veracidade e legitimidade** e dão conta da omissão praticada, sendo que grande parte dos recursos administrativos atinentes à matéria versam sobre a regularidade formal do lançamento tributário e sobre o valor do montante devido e seus acessórios, questões posteriores à omissão praticada e que, portanto, não têm o condão de atingir a estrutura do delito. (...) (HC 00111873420104030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/08/2010 PÁGINA: 1086)

O caso em tela, todavia, é diverso, porquanto a ausência de memórias de cálculos impossibilitou que as defesas pudessem apresentar suas teses, impedindo-as, até mesmo, de compreender o trabalho da CGU.

Aliás, neste ponto específico, acredito ter ocorrido um equívoco dos auditores. Eles apontaram, na cobertura, prejuízo de R\$ 117.070,58, ao passo que a proposta da licitante foi de cerca de R\$ 140.000,00 (somatório dos itens 6.1 e 6.2). Ou seja, o dano estimado foi de mais de 80% dos valores contratados, o que, pelo relatado, pode não corresponder à realidade. Esclareço, com um exemplo: a treliça principal de sustentação da cobertura foi executada com 66 cm de altura, inferior à do projeto (80 cm); a diferença na altura (14 cm) corresponde a cerca de 17% da prevista, sendo este, possivelmente, o superfaturamento no item.

Por esses motivos, considero não comprovada a alegação de que o total de aço utilizado na cobertura foi de 7.723,26 Kg, inferior ao previsto no projeto (12.255 Kg), causando prejuízo de R\$ 117.070,58.

Não obstante, persistem duas irregularidades graves na execução. Primeira, foram usadas telhas de zinco, sem pintura e com espessura de 0,4 mm, em desconformidade com o projeto, que contemplava telhas de aço galvanizado onduladas de 0,5 mm. Segunda, em várias peças metálicas da cobertura, os comprimentos e espessuras constatados “in loco” divergem (sempre para menos) das especificações do projeto, por exemplo: a treliça principal de sustentação da cobertura foi executada com 66 cm de altura, inferior à prevista no projeto (80 cm); a terça foi executada com 100 mm de largura, inferior à prevista no projeto (150 mm).

A utilização de materiais com dimensões (v.g., espessura ou altura) inferiores às do projeto significa prejuízo ao erário. O valor contratado contemplava peças metálicas mais robustas, que, por óbvio, apresentam preços mais elevados. Quando a empresa executora (Millenium) entrega objeto inferior, aufere lucro ilícito, com danos aos cofres públicos.

Para as irregularidades em tela, perfeitamente compreensíveis, mormente pela presença nos autos dos projetos da quadra, a defesa poderia ter apresentado elementos que as refutassem, por exemplo, apontando equívocos dos auditores da CGU. Nada fizeram nesse sentido, de modo que concludo comprovado o superfaturamento, apesar de não quantificado especificamente.

Na tentativa de ilidir as conclusões da CGU, a defesa apresentou parecer técnico, elaborado por engenheiro civil (id. 4058205.3476960), que, em essência, afirma possuir a obra percentual de serviços executados superior ao que foi pago, de modo que “as inconformidades citadas sobre os projetos de estrutura da coberta indicam que os mesmos são passíveis de modificação, sendo assim os despachos apresentados pelo FNDE [repetidos pela CGU], no que se refere às pendências da coberta, poderão ser justificados em novo projeto estrutural, no decorrer do andamento da obra e que os valores não pagos do referido serviço possivelmente serão utilizados para reforço da estrutura executada”. Em outras palavras, entende aquele “expert” que o superfaturamento detectado na cobertura poderia ser “compensado” pela realização de outros serviços, bastando apresentar novos projetos ao FNDE.

Com todas as vênias, não lhe assiste razão. Se a empresa é contratada para executar uma obra pública, deve atender a todas as especificações do projeto, merecendo, então, receber, em contrapartida, os valores que relacionou em sua proposta de preços. Não é admissível (em especial, com muito mais razão, quando isso ocorre após a descoberta da irregularidade pela fiscalização) que empresa e gestores municipais tentem realizar um encontro de contas: o que deixou de ser realizado (ou o foi a menor) seja compensado em outros itens futuros.

Reitero, a devolução dos valores aos cofres públicos (ainda que sob a forma de outros serviços) não é suficiente para desconstituir a existência do crime. Pensar diverso, com as escusas de praxe, estimula a corrupção: quando descoberto o desvio, basta devolver os valores ou concluir a obra inacabada/desconforme. Cria-se assim uma ponte de ouro que inexistente na legislação penal, ressalvadas as hipóteses de desistência voluntária ou arrependimento eficaz (CP, art. 15) - o que não é o caso, pois não há que se falar em tais institutos quando consumado o delito (ACR 200204010450655, JOSÉ LUIZ BORGES GERMANO DA SILVA, TRF4 - SÉTIMA TURMA, DJ 05/11/2003 PÁGINA: 1066).

A defesa, quando das oitivas das testemunhas em juízo, também levantou a tese de que não houve prejuízo ao erário, porque, a despeito de utilizadas (sem risco para a segurança

da estrutura) peças metálicas menores, elas poderiam custar mais que as previstas no projeto, bem como porque a cobertura foi cotada em metros quadrados.

Não lhe assiste razão.

Como sabido por todos (e indicado no relatório da CGU), sem mudanças nos materiais, o custo de peças metálicas vincula-se diretamente aos pesos, que, por sua vez, dependem das dimensões. Como foram utilizadas (v.g.) treliças menores, é absurdo afirmar que tiveram custo mais elevado do que as originais.

Não pode ser descartada a possibilidade de uma peça metálica menor custar mais do que uma maior, mas isso acontece, salvo flutuações eventuais do mercado, em decorrência dos tipos diferentes de aços utilizados. No caso em tela, não houve qualquer alegação de que, por exemplo, em prol da segurança da estrutura (e deixo de analisar este ponto, por ausência de elementos suficientes nos autos), foram empregadas peças menores e mais resistentes (aços mais caros). Ademais, poderia a Construtora Millenium ter apresentado, para os auditores ou em juízo, as notas fiscais de aquisição das referidas peças, o que bastaria (caso efetivamente tenham custado mais – hipótese que, reitero, deve ser descartada pelos elementos presentes nos autos) para afastar o superfaturamento.

A alegação de que a cobertura foi cotada em metros quadrados, de modo semelhante, com todas as vênias, aproxima-se da chicana. É indiscutível que a planilha orçamentária (item 6.1 - Estrutura de aço em arco vão de 30m; preço unitário por m² de R\$ 93,08; quantidade a ser executada de 1.114 m²; preço total de R\$ 103.691,12) não prevê a remuneração da contratada por quilos de peças metálicas fornecidos. Contudo, o projeto do FNDE e o seu memorial descritivo detalham claramente as dimensões dos perfis, o que obrigava a Construtora Millenium a executar a cobertura com aquelas especificações. A tese da defesa, caso acolhida, levaria a absurdos: se basta entregar 1.114 m² de área coberta (como consta da planilha), nada impediria a executora de recobrir a quadra com finas placas de alumínio, ainda que não resistissem ao menor vento.

Quanto à área de cobertura, mister notar que a CGU apontou, no item 2.2.5 do relatório, outra irregularidade: superestimativa (17,71 m²) nos quantitativos do orçamento básico (e conseqüentemente nos quantitativos da proposta de preços), referentes a itens da cobertura da quadra. Destaco daquele documento o seguinte trecho:

De acordo com os projetos disponibilizados no sítio do FNDE, constatou-se que a área total da cobertura da quadra corresponde a 1.096,29 m² (28,85 m do arco superior x 38,00 m de comprimento), evidenciando uma superestimativa de 17,71 m² nos quantitativos desses itens relacionados à cobertura. contratados pela Prefeitura de São José do Bonfim junto à Construtora Millenium Ltda - EPP. O quantitativo superestimado desses itens tem um reflexo financeiro no montante de R\$ 2.467,07 sobre o valor do contrato nº 40301/2014-CPL, conforme a seguir discriminado: (...)

Não acolho a conclusão acima. Ainda que, como apontaram os auditores, tenha ocorrido erro na área da cobertura (projeto prevendo apenas 1.096,29 m², enquanto a planilha traz o valor de 1.114,00 m²), isso isoladamente não leva ao superfaturamento. O que importa

no preço, como já expliquei anteriormente, é o peso das peças metálicas, decorrente das dimensões de cada uma delas, conforme especificado no projeto e no memorial descritivo. Se, possivelmente por um equívoco, o projeto apontou área menor, mas elencou todos os perfis que deveriam ser utilizados (a justificar os valores lançados na planilha orçamentária), reitero, neste ponto, não existiu dano aos cofres públicos.

Constatação 02

É certo afirmar, acima de qualquer dúvida razoável, com base na prova presentes nos autos, que:

O piso em concreto armado e parte da superestrutura (vigas) da quadra escolar construída com recursos do termo de compromisso 7821/2014 (SIMEC 1008483), firmado entre a Prefeitura de São José do Bonfim/PB e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, foram executados em desacordo com as especificações, o que, além de outras consequências (v.g., comprometimento da durabilidade da obra), caracteriza dano aos cofres públicos.

Amparam a constatação acima os seguintes elementos:

a) relatório elaborado por auditores da Controladoria-Geral da União (CGU) em decorrência de ação de controle na quadra coberta com vestiário objeto do termo de compromisso 7821/2014 (SIMEC 1008483), firmado entre a Prefeitura de São José do Bonfim/PB e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE (id. 4058205.3380121, p. 15 e ss., 0800113-98.2019.4.05.8205);

b) planilha orçamentária da quadra em tela, anexa ao processo licitatório TP 3/2014, que, a par do grupo “4. SUPERESTRUTURA” (englobando pilares, vigas e laje pré-moldada, compondo-se os dois primeiros de formas de chapa compensada e de concreto Fck 25 Mpa, inclusive lançamento), traz o seguinte item: “9.2 – Piso em concreto armado com tela e juntas de dilatação (esp.=10cm); preço unitário por m2 de R\$ 44,92; quantidade a ser executada de 633,20 m2; preço total de R\$ 28.443,34” (id. 4058205.3380149, p. 9 e 11, 0800113-98.2019.4.05.8205);

c) com a atuação de DINEUDES POSSIDÔNIO (v.g., id. 4058205.3380390, p. 7, e 4058205.3380421, p. 1, 0800113-98.2019.4.05.8205), proposta da Construtora Millenium no processo licitatório TP 3/2014 (vencedora do certame – id. 4058205.3380416, p. 6, 0800113-98.2019.4.05.8205), que traz, além do grupo “4. SUPERESTRUTURA”, o seguinte item: “9.2 – Piso em concreto armado com tela e juntas de dilatação (esp.=10cm); preço unitário por m2 de R\$ 44,47; quantidade a ser executada de 633,20 m2; preço total de R\$ 28.158,40” (id. 4058205.3380398, p. 7, 0800113-98.2019.4.05.8205);

d) projetos padrão FNDE para quadra coberta (id. 4058205.3380149, p. 22 e ss., 0800113-98.2019.4.05.8205).

Destaco daquele relatório da CGU, por relevantes, os seguintes pontos:

2.2.8. Execução da superestrutura da quadra (vigas, pilares e lajes) em desacordo com os projetos., causando prejuízo de R\$ 45.205,17.

(...)

Algumas das situações irregulares observadas pela CGU-Regional/PB estão evidenciadas nas fotografias a seguir:

(...)

Os serviços da superestrutura mostrados nas fotografias, executados em desacordo com as especificações, comprometem a durabilidade da obra e a segurança da estrutura e oferecem risco para os alunos que utilizarão a quadra, especialmente pela exposição de ferragens às intempéries, pelo rompimento de vigas para passagem de tubulações, bem como devido ao estrangulamento da seção de pilares (P18, por exemplo). A respeito do piso em concreto, executado com a espessura inferior à definida no projeto (10cm), sua durabilidade também é reduzida, especialmente em função do uso contínuo e intenso pelos alunos da escola que será beneficiada com o empreendimento.

(...)

De acordo com o levantamento realizado pela CGU-REGIONAL/PB, constatou-se que a Prefeitura Municipal de São José do Bonfim efetuou pagamentos irregulares por estes serviços de superestrutura, executados em desacordo com as especificações, que somam R\$ 45.205,17, conforme tabela a seguir:

(...)

É importante salientar que os serviços da superestrutura não deveriam ter sido recebidos/aceitos pela fiscalização municipal, nem mesmo parcialmente, devido à falta de comprovação da sua segurança (inexistência de projetos, falta de ART, etc.), em função da inobservância aos projetos aprovados, bem como pelo descumprimento de normas técnicas, em especial o cobrimento mínimo dos ferros, o rompimento de vigas no meio do vão para a passagem de tubulação e a fixação inadequada das treliças da cobertura nos pilares trapezoidais.

As fotos referidas acima permitem visualizar, entre outros pontos, que o piso de concreto foi executado com 8 cm, inferior ao previsto (10 cm), bem como que, em algumas vigas, a concretagem não foi realizada corretamente, deixando os ferros expostos.

As irregularidades relatadas significam prejuízo ao erário. O valor contratado contemplava, por exemplo, piso com espessura maior (10 cm), o que, por óbvio, tem preço mais elevado que o constatado “in loco” (espessura de apenas 8 cm). De modo semelhante, a concretagem incorreta das vigas, deixando os ferros expostos à ação do tempo (v.g., água), decorre de um simples fato: o executor quis economizar no concreto e não usou o suficiente para recobrir todas as ferragens. Quando a empresa executora (Millenium) entrega objeto inferior, aufere lucro ilícito, com danos aos cofres públicos.

A CGU apontou, como prejuízo ao erário, o montante de R\$ 45.205,17. Esse valor é o somatório de todos os itens do grupo “4. SUPERESTRUTURA” da proposta da Construtora Millenium (id. 4058205.3380398, p. 7, 0800113-98.2019.4.05.8205), como se nada tivesse sido realizado ou, como explicado no relatório, porque “os serviços da superestrutura não deveriam ter sido recebidos/aceitos pela fiscalização municipal, nem mesmo parcialmente”.

Com todas as vênias, as conclusões dos auditores, no ponto, não podem ser adotadas na seara criminal. Parte significativa da superestrutura foi executada, em princípio, a contento, de modo que não deve ser tida como imprestável. Pelo menos algumas das falhas apontadas (v.g., ferros expostos em vigas) podem ser consertadas, existindo técnicas e produtos específicos para essas situações. Assim, embora, reitero, tenham existido danos aos cofres públicos (superfaturamento), eles não correspondem à totalidade do grupo “4. SUPERESTRUTURA” (R\$ 45.205,17).

Por outro lado, valendo-me das mesmas observações feitas em outro momento desta sentença (tópico Mérito – caso concreto – constatação 01), o superfaturamento detectado no piso e na superestrutura não poderia ser “compensado” pela realização de outros serviços.

Se a empresa é contratada para executar uma obra pública, deve atender a todas as especificações do projeto, merecendo, então, receber, em contrapartida, os valores que relacionou em sua proposta de preços. Não é admissível (em especial, com muito mais razão, quando isso ocorre após a descoberta da irregularidade pela fiscalização) que empresa e gestores municipais tentem realizar um encontro de contas: o que deixou de ser realizado (ou o foi a menor) seja compensado em outros itens futuros.

Reitero, a devolução dos valores aos cofres públicos (ainda que sob a forma de outros serviços ou o refazimento dos incorretos) não é suficiente para desconstituir a existência do crime. Pensar diverso, com as escusas de praxe, estimula a corrupção: quando descoberto o desvio, basta devolver os valores ou concluir a obra inacabada/desconforme. Cria-se assim uma ponte de ouro que inexistente na legislação penal, ressalvadas as hipóteses de desistência voluntária ou arrependimento eficaz (CP, art. 15) - o que não é o caso, pois não há que se falar em tais institutos quando consumado o delito (ACR 200204010450655, JOSÉ LUIZ BORGES GERMANO DA SILVA, TRF4 - SÉTIMA TURMA, DJ 05/11/2003 PÁGINA: 1066).

Constatação 03

É certo afirmar, acima de qualquer dúvida razoável, com base na prova presentes nos autos, que:

Em sua proposta de preços, no montante de R\$ 503.912,49, a Construtora Millenium embutiu as despesas com encargos sociais (v.g., contribuições para o INSS e recolhimento de FGTS) da mão de obra contratada, mas não comprovou que tais obrigações tenham sido adimplidas.

Amparam a constatação em tela os seguintes elementos:

- a) relatório elaborado por auditores da Controladoria-Geral da União (CGU) em decorrência de ação de controle na quadra coberta com vestiário objeto do termo de compromisso 7821/2014 (SIMEC 1008483), firmado entre a Prefeitura de São José do Bonfim/PB e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE (id. 4058205.3380121, p. 11 e ss., 0800113-98.2019.4.05.8205);
- b) proposta da Construtora Millenium no processo licitatório TP 3/2014 (vencedora do certame – id. 4058205.3380416, p. 6, 0800113-98.2019.4.05.8205), que informa encargos sociais de 87,31% (id. 4058205.3380390, p. 12, 0800113-98.2019.4.05.8205);
- c) depoimento, perante a autoridade policial, de Edioberto Vieira de Santana, com as seguintes afirmações (id. 4058205.3382674, p. 2, 0800113-98.2019.4.05.8205): trabalhou de pedreiro na 2ª etapa da obra da quadra de São José do Bonfim/PB; junto com o depoente trabalhavam LEUDO e DAMIÃO; pelo que sabe ninguém tinha carteira assinada.

Destaco daquele relatório da CGU, por relevantes, os seguintes pontos:

2.2.7. Falta de rigidez do município quanto à exigência de comprovação do cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada. Prejuízo potencial de RS 48.917.24, referente à estimativa dos encargos sociais não recolhidos/pagos.

(...)

No que pertine às obrigações trabalhistas da Construtora Millenium Ltda. – EPP, assumidas no contrato de obras, por meio da Solicitação de Fiscalização nº 201801114/001, emitida em 30 de julho de 2018, a CGU-Regional/PB requisitou que a Prefeitura Municipal de São José do Bonfim/PB apresentasse os comprovantes referentes aos recolhimentos dos encargos sociais devidos pela referida empresa, a exemplo da contribuição para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). bem como para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) do pessoal contratado para execução das obras, cujos comprovantes não foram disponibilizados pela Prefeitura, bem como não houve apresentação de justificativas a respeito desses itens solicitados.

(...)

[segue-se a explicação dos cálculos realizados pelos auditores, que utilizaram vários dados do SINAPI (v.g., percentual médio dos encargos sociais, valor que representa a mão de obra em cada uma das composições de preços unitários etc.)]

(...)

Assim, considerando que a Prefeitura de São José do Bonfim/PB não apresentou comprovantes do recolhimento dos encargos sociais pela Construtora Millenium Ltda. - EPP, referente aos empregados que trabalharam na construção da Quadra Escolar Coberta, calcula-se um potencial favorecimento à referida empresa na quantia de R\$ 48.917,24 (...).

Pelo exposto, mister concluir que a Construtora Millenium incluiu em sua proposta de preços os encargos sociais, mas não realizou as despesas correspondentes (v.g., FGTS e INSS), mesmo após ser paga pela prefeitura. Contudo, no âmbito da obra pública, isso não importa em prejuízo aos cofres públicos.

Como bem esclarecem os auditores da CGU, a partir de análise do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), ao custo da mão de obra devem ser agregados os encargos sociais. Tal parcela destina-se a contemplar obrigações diversas do empregador, como férias remuneradas, 13º salário, FGTS e contribuição patronal para o INSS.

Quando a empresa contratada executa a obra pública, deve receber os valores relacionados na sua proposta de preços. Caso se apure, posteriormente, que as obrigações referentes aos encargos sociais não foram adimplidas, o caminho é o de responsabilizar o empregador na seara adequada (v.g., na Justiça do Trabalho, quanto às parcelas devidas aos trabalhadores), não simplesmente lhe imputar dano aos cofres públicos.

Mesmo para os tributos englobados pelos encargos sociais (v.g., contribuições para o INSS), não é adequado falar-se, na execução da obra, em prejuízo ao erário. Por óbvio, se aquelas exações não foram entregues ao Fisco, surge dano, mas em momento posterior, pelo inadimplemento da obrigação tributária. Deve, então, a autoridade fazendária realizar o lançamento (CTN, art. 142) e, se entender configurado algum crime tributário, formular a representação prevista no art. 83 da Lei 9.430/96.

No presente caso, deixo claro, com os elementos presentes nos autos, não há comprovação de crime tributário (v.g., Lei 8.137/90, art. 1º, I), em especial por força da Súmula Vinculante STF 24: “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”.

Constatação 04

É certo afirmar, acima de qualquer dúvida razoável, com base na prova presentes nos autos, que:

A planilha de primeira medição da obra em tela, assinada por IVALDO ANTÔNIO, engenheiro fiscal do município de São José do Bonfim/PB, totaliza R\$ 102.232,47 e contempla, como realizados, os seguintes itens: 1. SERVIÇOS PRELIMINARES (integral), 2. MOVIMENTO DE TERRA (integral), 3. INFRAESTRUTURA (integral) e 4. SUPERESTRUTURA (parcial – não executadas as vigas e a laje pré-moldada). O pagamento correspondente ocorreu em 18/12/2014.

A planilha de segunda medição da obra em tela, sem apresentar assinatura, totaliza R\$ 51.193,06 e contempla, como realizados, os seguintes itens: 4. SUPERESTRUTURA (integral – i.e., executados todos os itens faltantes na medição anterior), 5. PAREDES E PAINÉIS (parcial) e 8. REVESTIMENTOS (parcial). O pagamento correspondente ocorreu em 25/01/2016, atestada a despesa pela tesoureira da Prefeitura Municipal de São José do Bonfim/PB, Jacileide Ribeiro D. da Nóbrega.

A planilha de terceira medição da obra em tela, assinada apenas por Geraldo da Costa Palmeira (engenheiro da Construtora Millenium), totaliza R\$ 20.339,79 e contempla, como realizados, os seguintes itens: 5. PAREDES E PAINÉIS, 8. REVESTIMENTOS, 9. PISOS (parcial – apenas o item 9.3) e 12. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. O pagamento correspondente ocorreu em 02/05/2016, atestada a despesa pelo tesoureiro da Prefeitura Municipal de São José do Bonfim/PB, Erinaldo Lemos Lima.

Amparam a constatação acima os seguintes elementos:

a) planilha de primeira medição da obra em tela (id. 4058205.3382671, p. 39 e ss., 0800113-98.2019.4.05.8205);

b) processo de pagamento referente à primeira medição da obra (id. 4058205.3382671, p. 36 e ss., 0800113-98.2019.4.05.8205);

c) planilha de segunda medição da obra em tela (id. 4058205.3382671, p. 27 e ss., 0800113-98.2019.4.05.8205);

d) processo de pagamento referente à segunda medição da obra, atestada, na nota de empenho, a despesa pela tesoureira da Prefeitura Municipal de São José do Bonfim/PB, Jacileide Ribeiro D. da Nóbrega (id. 4058205.3382671, p. 21 e ss., 0800113-98.2019.4.05.8205);

e) planilha de terceira medição da obra em tela (id. 4058205.3382671, p. 16 e ss., 0800113-98.2019.4.05.8205);

f) processo de pagamento referente à terceira medição da obra, atestada, na nota de empenho, a despesa pelo tesoureiro da Prefeitura Municipal de São José do Bonfim/PB, Erinaldo Lemos Lima (id. 4058205.3382671, p. 12 e ss., 0800113-98.2019.4.05.8205);

g) ART nº PB20150003584, figurando Geraldo da Costa Palmeira como engenheiro da Construtora Millenium (id. 4058205.3382673, p. 20, 0800113-98.2019.4.05.8205);

h) interrogatório judicial de IVALDO ANTÔNIO (áudio disponível no “link” indicado no relatório da sentença), com destaque para os seguintes trechos: tem renda mensal aproximada mínima de R\$ 2.500,00; atuou como fiscal da obra em tela, começando no final de 2014 ou no início de 2015; só atuou na primeira medição, embora o contrato com a prefeitura somente tenha sido assinado em 2015 (só assinou o contrato porque lhe disseram que somente receberia se assinasse o documento); somente deu entrada na baixa da ART de fiscalização da obra em 2017, mas não achava que isso ia lhe trazer problemas; esteve na obra no final de 2014, apenas duas vezes; não encontrou nenhum responsável na obra, embora existissem pessoas trabalhando; glosou dois itens do boletim de medição (a laje pré-moldada e o item 4.2.2 – concreto armado, que não estava completamente executado) e uma pessoa da prefeitura achou ruim; não teve acesso aos projetos; no BM 01, da superestrutura, foram executados apenas pilares e vigas; nunca testou nenhum item que não viu no local da obra, nem permitiu adiantamento de valores para a empresa; fez a verificação a olho nu, de modo que pode ter passado alguma coisa; nunca quis favorecer a empresa de DINEUDES; não tinha nenhuma relação com a prefeita de São José do Bonfim/PB; não reconhece como sua a assinatura lançada nos documentos “justificativas técnicas de engenharia”, datados de 25/09/2015 (id. 4058205.3382673, p. 25 e 26, 0800113-98.2019.4.05.8205);

i) interrogatório judicial de DINEUDES POSSIDÔNIO (áudio disponível no “link” indicado no relatório da sentença), com destaque para os seguintes trechos: é economista por formação, em 1992; atuava com construção civil; tinha renda mensal aproximada de R\$ 4.000,00; a Millenium foi aberta no final de 2013, por DINEUDES POSSIDÔNIO; abriu a empresa sem ter experiência na área de construção civil, tendo escolhido esta área após a seca inviabilizar as atividades que até então desempenhava (agropecuária e farmácia de veterinária); em 2013, era Secretário Adjunto de Desenvolvimento Econômico e Habitação no município de Patos/PB; antes, tinha sido secretário de administração de Patos/PB; abriu no nome da filha porque as outras empresas tinham pendências de impostos; a primeira obra de que participou, no final de 2014, foi a da quadra de São José do Bonfim/PB; compareceu à licitação da obra, não tendo mergulhado o preço; Geraldo era o engenheiro da Millenium, mas visitou a obra apenas uma vez; Dênis Ricardo foi contratado pela Millenium, a partir do ano de 2017 e só saiu em novembro de 2018, com a Operação Recidiva; obras de engenharia, principalmente as de licitações, podem ser tocadas por qualquer pedreiro ou mestre de obras; o encarregado das obras da quadra era Neto; Neto era responsável por arregimentar a mão de obra; DINEUDES era o responsável pela administração da obra (por exemplo, comprar material); pagava mensalmente a Neto, que adiantava aos empregados semanalmente; a cobertura da quadra foi terceirizada, mas foi através de Neto, não sabendo o nome da empresa ou da pessoa física que executou a cobertura; DINEUDES estava na obra semanalmente, mas as obras sofrem muito com paradas; as dúvidas da obra eram tiradas com o engenheiro fiscal da prefeitura; os funcionários não tinham fardamento ou equipamento de proteção; a medição era feita pelo engenheiro fiscal da prefeitura; o BM é um documento padrão, assinado pelo engenheiro fiscal e pelo prefeito, não sendo necessária a assinatura do engenheiro da empresa; não houve alteração de serviços com custos adicionais para a Millenium; as falhas apontadas pela CGU são passíveis de

correção até a conclusão da obra; a cobertura foi executada conforme o projeto; a Millenium recebeu 60% da obra e ela está executada 90%; os recursos financeiros, após caírem na conta da Millenium, eram utilizados para vários fins, inclusive para outras obras a cargo da Millenium; há transferências para os mestres de obras, para pagar os trabalhadores; Neto era pago por empreitada, com pagamentos em mãos, não por transferência; não lembra quanto pagava a Neto; os saques altos em espécie justificam-se porque os empregados queriam receber em espécie; nunca viu IVALDO ANTÔNIO na obra; estava esperando receber o dinheiro ao final da obra para sanar as inconformidades; poderia mandar retirar a cobertura e colocar outra, atendendo a todas as especificações do projeto; o lucro somente vem no final da obra.

Constatação 05

É certo afirmar, acima de qualquer dúvida razoável, com base na prova presentes nos autos, que:

A planilha de quarta medição da obra em tela, assinada por JOSÉ GIRSON, engenheiro fiscal do município de São José do Bonfim/PB, totaliza R\$ 15.270,08 e contempla, como realizados, os seguintes itens: 9. PISOS (inclusive, parcialmente, o item 9.2 – piso com espessura de 10 cm) e 11. INSTALAÇÕES HIDRÁULICAS. O pagamento correspondente ocorreu em 29/12/2016.

A planilha de quinta medição da obra em tela, assinada por JOSÉ GIRSON, engenheiro fiscal do município de São José do Bonfim/PB, totaliza R\$ 117.070,58 e contempla, como realizados, os seguintes itens: 6. COBERTURA (quase integral) e 10. PINTURA. O pagamento correspondente ocorreu em 03/11/2017.

Amparam a constatação acima os seguintes elementos:

- a) planilha de quarta medição da obra em tela (id. 4058205.3382671, p. 8 e ss., 0800113-98.2019.4.05.8205);
- b) processo de pagamento referente à quarta medição da obra (id. 4058205.3382671, p. 2 e ss., 0800113-98.2019.4.05.8205);
- c) planilha de quinta medição da obra em tela (id. 4058205.3382669, p. 39 e ss., 0800113-98.2019.4.05.8205);
- d) processo de pagamento referente à quinta medição da obra (id. 4058205.3382669, p. 33 e ss., 0800113-98.2019.4.05.8205);

e) interrogatório judicial de JOSÉ GIRSON (áudio disponível no “link” indicado no relatório da sentença), com destaque para os seguintes trechos: tem renda mensal aproximada de R\$ 3.000,00; ingressou como engenheiro fiscal na quadra, no final de 2015; foi contratado pela prefeitura como engenheiro geral da prefeitura, vindo de João Pessoa de quinze em quinze dias; a ART de fiscalização de JOSÉ GIRSON somente foi informada no SIMEC em abril de 2016; de posse do boletim de medição (BM), fazia a vistoria da obra; assinou os BMs 4 e 5; uma firma terceirizada foi contratada para fazer a cobertura; nunca encontrou funcionários da Millenium na obra, nem mesmo DINEUDES POSSIDÔNIO; os projetos da quadra têm muita inconsistência entre si (v.g., o elétrico e o arquitetônico); a quadra não foi executada a menor; não glosou nenhum item do boletim de medição; no vigamento da laje, há ferros expostos, mas podem ser corrigidas, com produtos especiais, sem necessidade de demolição; é primo legítimo da prefeita de São José do Bonfim/PB; também assinou a terceira medição, embora sua ART seja posterior; as inconformidades detectadas pelo FNDE eram passíveis de serem sanadas.

Constatação 06

É certo afirmar, acima de qualquer dúvida razoável, com base na prova presentes nos autos, que:

DÊNIS RICARDO figurou, junto ao CREA/PB, como responsável técnico pela construção da quadra coberta em tela, assumindo, a partir de agosto de 2017, a obra em substituição a Geraldo da Costa Palmeira, mas apenas no papel.

Amparam a constatação acima os seguintes elementos:

a) ART nº PB20170145465 (id. 4058205.3382673, p. 17, 0800113-98.2019.4.05.8205);

b) ART nº PB20150003584 (id. 4058205.3382673, p. 20, 0800113-98.2019.4.05.8205);

c) interrogatório judicial de DÊNIS RICARDO (áudio disponível no “link” indicado no relatório da sentença), com destaque para os seguintes trechos: tem renda mensal aproximada de R\$ 1.500,00; de junho de 2016 a novembro de 2018 teve vínculos com a Construtora Millenium, como engenheiro civil, trabalhando “por fora” (quando precisava olhar alguma coisa), porque tinha um emprego com a Viga Engenharia e, a partir do final de 2017, com a MELF; fez uma visita na quadra em São José do Bonfim/PB, mas não para olhar as obras, apenas porque estava de passagem; olhou a quadra de longe; era apenas o engenheiro responsável pela Millenium, assinando a ART de execução, em agosto de 2017, em substituição a Geraldo; tinha ciência das consequências de assinar uma ART sem acompanhar de fato as obras, mas fez, a pedido de DINEUDES, por confiar nele; não assinou qualquer boletim de medição, nem mesmo o de número 5; encontrou uma vez JOSÉ GIRSON, pouco antes da primeira fase da Operação Recidiva, que mostrou as desconformidades da obra, tendo Erivan Possidônio (braço direito de

DINEUDES POSSIDÔNIO na Millenium) afirmado que iriam consertar; não praticou qualquer ato em benefício da Millenium.

- Mérito (caso concreto - imputações)

Como são múltiplas as imputações, cada uma delas será examinada em tópico próprio.

Imputação 1

Quanto à imputação referida no relatório desta sentença como número 1 (abaixo repetida), narra a denúncia, “in verbis”:

a) IMPUTAÇÃO 1 - DINEUDES POSSIDÔNIO e IVALDO ANTÔNIO praticaram o fato típico previsto no art. 312 do Código Penal, ao desviarem em proveito de DINEUDES POSSIDÔNIO recursos do termo de compromisso 7821/2014, por ocasião dos boletins de medição 1, 2 e 3;

2.1.3. Desvio de Recursos por Pagamento por Encargos Sociais não Recolhidos

Ao apresentar sua proposta de preços (fl. 572/577), a Construtora Millenium embutiu em seu preço de R\$ 503.912,49 as despesas com encargos sociais e, ao firmar o contrato administrativo (fl. 599/610), recebeu recursos públicos para adimplir essas despesas em particular.

De fato, em relação às obrigações assumidas pela Construtora Millenium no Contrato nº 40301 (fl. 599/610), firmado em 24 de novembro de 2014, no valor de R\$ 503.912,49, destacamos as seguintes alíneas da Cláusula Décima: (...)

No que pertine aos recursos públicos que a Construtora Millenium recebeu, segundo o orçamento que ela própria apresentou (proposta de preços de fl. 572/577), para obrigações trabalhistas assumidas no contrato de obras, a CGU requisitou que a Prefeitura Municipal de São José do Bonfim/PB apresentasse os comprovantes referentes aos recolhimentos dos encargos sociais devidos pela referida empresa, a exemplo da contribuição para o INSS, bem como para o FGTS do pessoal contratado para execução das obras. Todavia, tais documentos não foram apresentados pela Prefeitura e não foi dada qualquer justificativa a respeito (fl. 38/42).

Por essa razão, diante da ausência de informações pela edilidade municipal e com o propósito de verificar os valores concernentes aos encargos sociais embutidos nos preços dos serviços, a CGU realizou um levantamento de custo dos itens mais representativos da proposta de preços da empresa contratada, equivalentes a 66,30% do montante total contratado.

Em seguida, por meio de consulta ao Sistema Nacional de Pesquisas de Custos e Índices da Construção Civil - SINAPI, da Caixa Econômica Federal (referência junho/2014), foram encontradas composições unitárias de serviços equivalentes aos itens contratados pela Prefeitura de São José do Bonfim. Na consulta ao SINAPI, buscou-se detalhar, para cada item, os valores correspondentes aos preços da mão-de-obra, conforme mostrado nas tabelas a seguir:

(...)

Considerando que as composições do SINAPI utilizadas no levantamento adotam o percentual de 116,37% para os encargos sociais (junho/2014), isso significa que, no custo relativo à parcela da mão-de-obra, 53,78% referem-se aos encargos sociais devidos, conforme cálculo a seguir:

(...)

Para a obtenção do percentual que corresponde aos encargos sociais sobre o valor bruto dos itens da amostra analisada, multiplicou-se o percentual dos encargos sociais (53,78%) pela proporção representativa da mão-de-obra em cada composição do SINAPI (% mão-de-obra), conforme cálculo demonstrado na tabela a seguir:

(...)

Finalmente, o valor dos encargos foi calculado multiplicando-se o percentual de encargos sobre o item pelo valor bruto dos itens da proposta de preços, conforme apresentado na tabela a seguir:

(...)

Assim, considerando a inexistência de comprovantes do recolhimento dos encargos sociais pela Construtora Millenium, referente aos recursos públicos recebidos para o pagamento dos encargos sociais dos empregados que trabalharam na construção da Quadra Escolar Coberta, calcula-se um favorecimento à referida empresa na quantia de R\$ 48.917,24, correspondente a 9,7 % do valor do Contrato nº 40301/2014-CPL.

Cabe destacar que o levantamento da CGU foi realizado sobre uma amostra de 66,30% dos serviços contratados mais representativos. Sendo assim, para o valor global dos serviços, o montante do prejuízo relacionado aos encargos sociais trabalhistas deve superar o valor apontado nessa constatação.

Essa constatação apresentada pela CGU em seu relatório de fl. 38/42, amolda-se à constatação de que a Millenium nunca possuiu trabalhadores

para executar essas obras e recebeu recursos públicos para adimplemento de encargos sociais com base em uma proposta de preços fictícia nesse aspecto (fl. 572/577).

(...)

O depoimento prestado à autoridade policial, Edioberto Vieira Santana, vulgo “Nego” (fl. 1068), confirma que os trabalhares empregados por Dineudes Possidônio em São José do Bonfim não possuíam vínculos formais e, conseqüentemente, não geraram o recolhimento de encargos sociais, os quais foram pagos ao denunciado por força de proposta de preços fictícia da Millenium e embolsados em desvio de recursos públicos (fl. 572/577).

2.1.4. Execução Irregular de Superestrutura da Quadra

Segundo dados disponíveis no Sistema Integrado de Monitoramento Execução e Controle do FNDE, a CGU verificou (fl. 42/46) que o órgão concedente, por meio de empresa de consultoria, realizou inspeções físicas nas obras da quadra escolar do município de São José do Bonfim/PB, tendo notificado a Prefeitura, no próprio SIMEC, para que fossem tomadas providências para as seguintes restrições encontradas:

(...)

Em que pese o período de nove meses desde o registro da restrição pelo concedente (no SIMEC), a CGU (fl. 42/46) constatou que as irregularidades apontadas ainda não haviam sido sanadas, confirmando que os serviços foram executados em desacordo com as especificações. Ao ser requisitada formalmente para apresentar esclarecimentos, no período de campo da fiscalização da CGU, a Prefeitura Municipal de São José do Bonfim/PB não apresentou justificativas.

Algumas das situações observadas pela CGU estão evidenciadas nas fotografias a seguir:

(...)

Os serviços da superestrutura mostrados nas fotografias, executados em desacordo com as especificações, comprometem a durabilidade da obra e a segurança da estrutura e oferecem risco para os alunos que utilizarão a quadra, especialmente pela exposição de ferragens às intempéries, pelo rompimento de vigas para passagem de tubulações, bem como devido ao estrangulamento da seção de pilares (P18, por exemplo). A respeito do piso em concreto, executado com a espessura inferior à definida no projeto (10cm), sua durabilidade também é reduzida, especialmente em função do uso contínuo e intenso pelos alunos da escola que será beneficiada com o empreendimento.

De acordo com o levantamento realizado pela CGU, constatou-se que a Prefeitura Municipal de São José do Bonfim efetuou pagamentos irregulares por estes serviços da superestrutura, executados em desacordo

com as especificações, que somam R\$ 45.205,17, conforme tabela a seguir:

(...)

É importante salientar que os serviços da superestrutura não deveriam ter sido recebidos/aceitos pela fiscalização municipal, nem mesmo parcialmente, devido à falta de comprovação da sua segurança (inexistência de projetos, falta de ART, etc.), em função da inobservância aos projetos aprovados, bem como pelo descumprimento de normas técnicas, em especial o cobrimento mínimo dos ferros, o rompimento de vigas no meio do vão para a passagem de tubulação e a fixação inadequada das treliças da cobertura nos pilares trapezoidais.

Diante desses fatos, constatou-se que o engenheiro fiscal do município à época, conforme fl. 45 e quadro acima apresentado, Ivaldo Lopes, atestou indevidamente os serviços acima descritos e, em consequência, os pagamentos foram realizados irregularmente, causando prejuízo ao erário. Por outro lado, formalmente, o engenheiro da empresa era Geraldo da Costa Palmeira, o qual, conforme apresentado acima, não assinou o Boletim de Medição nem emitiu qualquer documento para a Millenium.

(...)

2.1.6. Antecipação dos Prazos de Faturamento e de Pagamento

A cláusula sexta do Contrato nº 40301/2014, firmado em 24 de novembro de 2014 entre a Prefeitura de São José do Bonfim e a Construtora Millenium, estabelece que os pagamentos devem ser efetuados pela Prefeitura mensalmente, consoante as aferições efetuadas pelo Fiscal do Contrato. Além disso, ainda por exigência da referida cláusula sexta, os pagamentos devem ser efetuados até “10 dias úteis após o recebimento da nota fiscal/fatura”, acompanhada de todos os documentos exigidos.

Dentre os documentos exigidos no Contrato nº 40301, cabe mencionar a exigência de comprovação, por parte da Contratada, do recolhimento das contribuições sociais vencidas (FGTS e Previdência Social), correspondentes ao mês da última competência, referentes a todos os trabalhadores envolvidos na obra.

Constatou-se, entretanto, que o pagamento da primeira medição dos serviços ocorreu antes de decorridos os primeiros trinta dias de vigência do contrato, em 18 de dezembro de 2014, ou seja, 18 dias úteis após a data da ordem de serviço, a qual foi emitida em 24 de novembro de 2014 (data da celebração do contrato). Além disso, nos processos de pagamento disponibilizados pelo município, não há comprovantes de regularidade referente as contribuições sociais (quitação do FGTS e previdência social do mês anterior).

Em relação ao Boletim de Medição nº 01, verificou-se que foram pagos 59,43% dos itens de serviços da superestrutura, sendo que, segundo o cronograma físico-financeiro do Contrato nº 40301/2014-CPL, a

superestrutura seria executada apenas a partir do 4º mês de início das obras, conforme figura a seguir:

(...)

Cabe destacar que, dentre os serviços da superestrutura pagos no Boletim de Medição nº 01, consta que os pilares foram 100% concluídos antes da execução das lajes pré-moldadas dos vestiários. Ocorre que essa não é a prática usual na engenharia para esse tipo de estrutura de concreto armado, uma vez que, do nível L1 ao nível L2 (acima das lajes dos vestiários), os pilares seriam concretados, via de regra, após a execução da laje de cobertura dos vestiários. Na imagem a seguir, constam os valores referentes à superestrutura pagos na primeira medição:

(...)

Portanto, com base nos documentos apresentados pela Prefeitura de São José do Bonfim, verificou-se que a Construtora Millenium foi beneficiada com a antecipação nos prazos de faturamento e de pagamentos contratados, referentes aos serviços atestados na primeira medição da quadra escolar coberta, bem como não houve rigor da Prefeitura para que a referida empresa apresentasse a comprovação da sua regularidade perante o FGTS e a Previdência Social. Além disso, considerando o cronograma físico-financeiro e a prática usual da engenharia civil, há indícios de que a concretagem dos pilares não tenha sido concluída na data em que foi emitido o Boletim de Medição nº 01.

Por todos esses elementos, pode-se afirmar que o BM 01, assinado por Ivaldo Lopes foi ideologicamente falsificado para o saque de recursos públicos a maior, por serviços não executados, contribuindo para o desvio de recursos públicos.

Antecipo que assiste, em parte, razão ao MPF.

Houve, de fato, pagamento por encargos sociais não recolhidos (item 2.1.3 da denúncia), como consignado na constatação 03:

Em sua proposta de preços, no montante de R\$ 503.912,49, a Construtora Millenium embutiu as despesas com encargos sociais (v.g., contribuições para o INSS e recolhimento de FGTS) da mão de obra contratada, mas não comprovou que tais obrigações tenham sido adimplidas.

Mas isso não caracteriza desvio de recursos públicos, pedindo vênias por reproduzir trechos da referida constatação:

Pelo exposto, mister concluir que a Construtora Millenium incluiu em sua proposta de preços os encargos sociais, mas não realizou as despesas correspondentes (v.g., FGTS e INSS), mesmo após ser paga pela prefeitura. Contudo, no âmbito da obra pública, isso não importa em prejuízo aos cofres públicos.

Como bem esclarecem os auditores da CGU, a partir de análise do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), ao custo da mão de obra devem ser agregados os encargos sociais. Tal parcela destina-se a contemplar obrigações diversas do empregador, como férias remuneradas, 13º salário, FGTS e contribuição patronal para o INSS.

Quando a empresa contratada executa a obra pública, deve receber os valores relacionados na sua proposta de preços. Caso se apure, posteriormente, que as obrigações referentes aos encargos sociais não foram adimplidas, o caminho é o de responsabilizar o empregador na seara adequada (v.g., na Justiça do Trabalho, quanto às parcelas devidas aos trabalhadores), não simplesmente lhe imputar dano aos cofres públicos.

Mesmo para os tributos englobados pelos encargos sociais (v.g., contribuições para o INSS), não é adequado falar-se, na execução da obra, em prejuízo ao erário. Por óbvio, se aquelas exações não foram entregues ao Fisco, surge dano, mas em momento posterior, pelo inadimplemento da obrigação tributária. Deve, então, a autoridade fazendária realizar o lançamento (CTN, art. 142) e, se entender configurado algum crime tributário, formular a representação prevista no art. 83 da Lei 9.430/96.

No presente caso, deixo claro, com os elementos presentes nos autos, não há comprovação de crime tributário (v.g., Lei 8.137/90, art. 1º, I), em especial por força da Súmula Vinculante STF 24: “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”.

Quanto ao item 2.1.6. (“Antecipação dos Prazos de Faturamento e de Pagamento”) da denúncia, tampouco importa em desvio de recursos públicos.

É que foi mencionada ali tão-somente a suposta falsidade ideológica do boletim de medição 01, emitido 18 dias úteis após a data da ordem de serviço, em descompasso com o cronograma físico-financeiro do contrato, que previa a execução da superestrutura apenas a partir do 4º mês de início das obras. Também afirmada a impossibilidade física de conclusão integral dos pilares, antes da execução da laje pré-moldada, porque alguns deles se apoiam (i.e., “nascem”) nela.

Não pode ser descartada, como apontaram aqueles auditores, a ocorrência de antecipação do faturamento: foram pagos os pilares, mas eles somente foram concluídos posteriormente. De todo modo, os pilares foram executados, não mencionando a CGU qualquer irregularidade adicional. Assim, conquanto reprovável a prática administrativa, do fato não decorreu desvio de recursos públicos (e esta imputação, a ser analisada adiante, absorve a de falsidade ideológica).

Resta examinar o item 2.1.4 (“Execução Irregular de Superestrutura da Quadra”).

Foi consignado na constatação 02:

O piso em concreto armado e parte da superestrutura (vigas) da quadra escolar construída com recursos do termo de compromisso 7821/2014 (SIMEC 1008483), firmado entre a Prefeitura de São José do Bonfim/PB e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, foram executados em desacordo com as especificações, o que, além de outras consequências (v.g., comprometimento da durabilidade da obra), caracteriza dano aos cofres públicos.

Os detalhes da constatação acima e os elementos que a comprovam podem ser consultados naquele tópico (“Mérito – caso concreto – constatação 02”), sendo desnecessários repeti-los, integralmente, neste momento. Contudo, chamo atenção para os seguintes trechos:

As fotos referidas acima permitem visualizar, entre outros pontos, que o piso de concreto foi executado com 8 cm, inferior ao previsto (10 cm), bem como que, em algumas vigas, a concretagem não foi realizada corretamente, deixando os ferros expostos.

As irregularidades relatadas significam prejuízo ao erário. O valor contratado contemplava, por exemplo, piso com espessura maior (10 cm), o que, por óbvio, tem preço mais elevado que o constatado “in loco” (espessura de apenas 8 cm). De modo semelhante, a concretagem incorreta das vigas, deixando os ferros expostos à ação do tempo (v.g., água), decorre de um simples fato: o executor quis economizar no concreto e não usou o suficiente para recobrir todas as ferragens. Quando a empresa executora (Millenium) entrega objeto inferior, aufere lucro ilícito, com danos aos cofres públicos.

(...)

Se a empresa é contratada para executar uma obra pública, deve atender a todas as especificações do projeto, merecendo, então, receber, em contrapartida, os valores que relacionou em sua proposta de preços. Não é admissível (em especial, com muito mais razão, quando isso ocorre após a descoberta da irregularidade pela fiscalização) que empresa e gestores municipais tentem realizar um encontro de contas: o que deixou de ser realizado (ou o foi a menor) seja compensado em outros itens futuros.

Reitero, a devolução dos valores aos cofres públicos (ainda que sob a forma de outros serviços ou o refazimento dos incorretos) não é suficiente para desconstituir a existência do crime. Pensar diverso, com as escusas de praxe, estimula a corrupção: quando descoberto o desvio, basta devolver

os valores ou concluir a obra inacabada/desconforme. Cria-se assim uma ponte de ouro que inexistente na legislação penal, ressalvadas as hipóteses de desistência voluntária ou arrependimento eficaz (CP, art. 15) - o que não é o caso, pois não há que se falar em tais institutos quando consumado o delito (ACR 200204010450655, JOSÉ LUIZ BORGES GERMANO DA SILVA, TRF4 - SÉTIMA TURMA, DJ 05/11/2003 PÁGINA: 1066).

Como exposto, os danos aos cofres públicos e o conseqüente lucro ilícito da Construtora Millenium ocorreram no piso de concreto (item 9.2 da planilha de preços) e em algumas vigas, executados em desconformidade com o projeto.

Caso se tratasse de irregularidades menores (v.g., pequenas rachaduras no reboco de uma parede), comuns em qualquer obra, não existiria crime, mas eventual inobservância de obrigações contratuais, a merecer resposta tão-somente na esfera cível. Contudo, o quadro maior, registrado pelos auditores da CGU, é diverso: os agentes da Construtora Millenium, reiteradamente, fugiram das especificações do projeto e das boas técnicas de Engenharia, sempre em detrimento dos cofres públicos (i.e., não há registro de nenhum serviço que tenha sido executado a maior, em favor do município), o que demonstra a intenção de desviar recursos públicos.

Ressalvo, como detalhei naquele tópico (“Mérito – caso concreto – constatação 02”), que algumas considerações do órgão de controle interno não podem ser acolhidas na seara criminal (v.g., glosa integral dos serviços que compõem a superestrutura). Não obstante, a conclusão do parágrafo anterior se mantém, porque, reitero, não existiu simples incúria dos construtores, e sim postura firme no sentido de lesar a Administração Pública.

O desvio dos recursos públicos teria sido evitado se os funcionários municipais envolvidos no processamento dos boletins de medição (i.e., os tesoureiros, que atestaram indevidamente a despesa) houvessem cumprido, com zelo, suas atribuições. Os tesoureiros não poderiam pagar serviços não realizados ou desconformes, tendo atuado, no mínimo, com dolo eventual (assumiram o risco daquelas falhas). Aliás, a conduta destes, nos boletins de medição 2 e 3, foi ainda mais grave: efetuaram os pagamentos sem o devido atesto do engenheiro fiscal nos documentos, como consignado na constatação 04:

A planilha de primeira medição da obra em tela, assinada por IVALDO ANTÔNIO, engenheiro fiscal do município de São José do Bonfim/PB, totaliza R\$ 102.232,47 e contempla, como realizados, os seguintes itens: 1. SERVIÇOS PRELIMINARES (integral), 2. MOVIMENTO DE TERRA (integral), 3. INFRAESTRUTURA (integral) e 4. SUPERESTRUTURA (parcial – não executadas as vigas e a laje pré-moldada). O pagamento correspondente ocorreu em 18/12/2014.

A planilha de segunda medição da obra em tela, sem apresentar assinatura, totaliza R\$ 51.193,06 e contempla, como realizados, os seguintes itens: 4. SUPERESTRUTURA (integral – i.e., executados todo os itens faltantes na medição anterior), 5. PAREDES E PAINÉIS (parcial) e 8. REVESTIMENTOS (parcial). O pagamento correspondente ocorreu em

25/01/2016, atestada a despesa pela tesoureira da Prefeitura Municipal de São José do Bonfim/PB, Jacileide Ribeiro D. da Nóbrega.

A planilha de terceira medição da obra em tela, assinada apenas por Geraldo da Costa Palmeira (engenheiro da Construtora Millenium), totaliza R\$ 20.339,79 e contempla, como realizados, os seguintes itens: 5. PAREDES E PAINÉIS, 8. REVESTIMENTOS, 9. PISOS (parcial – apenas o item 9.3) e 12. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. O pagamento correspondente ocorreu em 02/05/2016, atestada a despesa pelo tesoureiro da Prefeitura Municipal de São José do Bonfim/PB, Erinaldo Lemos Lima.

O boletim da primeira medição, repito, contemplou, como realizados, os seguintes itens: 1. SERVIÇOS PRELIMINARES (integral), 2. MOVIMENTO DE TERRA (integral), 3. INFRAESTRUTURA (integral) e 4. SUPERESTRUTURA (parcial – não executadas as vigas e a laje pré-moldada). Não há, fácil ver, nele nenhum dos serviços em que ocorreu desvio (vigas e item 9.2 – piso de concreto armado com espessura de 10 cm), inexistindo, nos autos, prova de inexecução/desconformidade dos outros itens ali atestados. Por conseguinte, no ponto, deve ser afastada a materialidade do crime do art. 312, CP, impondo-se a absolvição dos denunciados (DINEUDES POSSIDÔNIO e IVALDO ANTÔNIO), com fundamento no art. 386, II, CPP (“não haver prova da existência do fato”).

De modo semelhante, o boletim da terceira medição, reitero, contemplou, como realizados, os seguintes itens: 5. PAREDES E PAINÉIS, 8. REVESTIMENTOS, 9. PISOS (parcial – apenas o item 9.3 – o piso em concreto simples, com espessura de 5 cm, não o de concreto armado, com espessura de 10 cm) e 12. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. Não há, fácil ver, nele nenhum dos serviços em que ocorreu desvio (vigas e item 9.2 – piso de concreto armado com espessura de 10 cm), inexistindo, nos autos, prova de inexecução/desconformidade dos outros itens ali atestados. Por conseguinte, no ponto, deve ser afastada a materialidade do crime do art. 312, CP, impondo-se a absolvição dos denunciados (DINEUDES POSSIDÔNIO e IVALDO ANTÔNIO), com fundamento no art. 386, II, CPP (“não haver prova da existência do fato”).

Já o boletim da segunda medição trouxe, como realizados, os seguintes itens: 4. SUPERESTRUTURA (integral – i.e., executados todos os itens faltantes na medição anterior), 5. PAREDES E PAINÉIS (parcial) e 8. REVESTIMENTOS (parcial). Ou seja, há nele o pagamento integral das vigas (integram a superestrutura), o que não poderia ter ocorrido, porque elas foram executadas em desconformidade com o projeto (i.e., deixadas expostas as ferragens, pela utilização a menor do concreto), caracterizando-se dano ao erário e o conseqüente lucro ilícito em favor da Construtora Millenium.

Deu-se, assim, com atuação dolosa (no mínimo, dolo eventual, por ter assumido o risco) da tesoureira da Prefeitura Municipal de São José do Bonfim/PB, Jacileide Ribeiro D. da Nóbrega (não denunciada nestes autos), que se valeu da sua condição de funcionária para a conduta, embora ela não tivesse a posse do dinheiro, a subtração de parte das verbas federais descentralizadas pelo termo de compromisso 7821/2014 (SIMEC 1008483), firmado entre a Prefeitura de São José do Bonfim/PB e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE.

Como visto acima, todas as elementares do peculato-furto (CP, art. 312, §1º) estão presentes, de modo que, reitero, para o boletim da segunda medição, a materialidade resta demonstrada. Passo a examinar a responsabilidade criminal dos denunciados (DINEUDES POSSIDÔNIO e IVALDO ANTÔNIO).

Quanto a IVALDO ANTÔNIO, impõe-se a absolvição, por ausência de provas de que tenha concorrido para o fato. O boletim de medição em tela não traz sua assinatura. Ademais, na data do pagamento (janeiro de 2016), o referido senhor não mais exercia a função de engenheiro fiscal no município de São José do Bonfim/PB, como esclarecido no seu interrogatório judicial (transcrito no tópico “Mérito – caso concreto – constatação 04”).

É verdade, em outra direção, que IVALDO ANTÔNIO permaneceu como responsável, perante o CREA/PB, pela fiscalização da obra até 2017, quando deu baixa na ART (id. 4058205.3382673, p. 24, 0800113-98.2019.4.05.8205). Todavia, sob pena de aceitar-se a responsabilidade objetiva (incabível no Direito Penal), este singelo fato, sem comprovação de que tenha atuado na segunda medição, não basta.

Tampouco indicam vínculo de IVALDO ANTÔNIO com a segunda medição as justificativas técnicas de engenharia de id. 4058205.3382673, p. 25 e 26, 0800113-98.2019.4.05.8205. Ainda que tenham sido subscritas pelo referido senhor (e há impugnação da defesa no ponto, que afirma ter ocorrido falsificação de assinaturas), aqueles documentos, datados de setembro de 2015 (anteriores ao BM 02 – janeiro de 2016), apenas registram questões técnicas atinentes ao projeto, não informando execução dos serviços em tela (i.e., das vigas).

Em síntese, quanto a IVALDO ANTÔNIO, repito, impõe-se a absolvição, com fundamento no art. 386, V, CPP (“não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”).

DINEUDES POSSIDÔNIO, por outro lado, deve ser condenado. No seu interrogatório judicial (transcrito no tópico “Mérito – caso concreto – constatação 04”), ele afirma que estava na obra semanalmente, de sorte que a execução irregular das vigas não lhe era desconhecida (e ele chega a reconhecer que sabia das “desconformidades”, esperando o final da obra para “saná-las”). Assim, conquanto tenha contratado um “mestre de obras” (Neto), DINEUDES POSSIDÔNIO, com dolo (plena consciência e vontade livre), vinculou-se efetivamente à conduta em tela: ordenou que seus subordinados executassem incorretamente os itens (para obter lucro ilícito) ou, no mínimo, aceitou que eles assim fossem feitos, sem adotar as medidas corretivas.

As teses defensivas, quanto ao que será condenado (DINEUDES POSSIDÔNIO), foram, ainda que implicitamente, refutadas ao longo da fundamentação acima.

Enfatizo, apenas, um ponto: não se admite, em obras públicas, que empresa e gestores entrem em “acordos”, aceitando que desvios, mormente após descobertos pela fiscalização, sejam simplesmente “corrigidos”, por exemplo, com encontro de contas: o que deixou de ser realizado (ou o foi a menor) seja compensado em outros itens futuros. Repetindo o que disse alhures, a devolução dos valores aos cofres públicos (ainda que sob a forma de outros serviços ou o refazimento dos incorretos) não é suficiente para desconstituir a existência do crime. Pensar diverso, com as escusas de praxe, estimula a corrupção: quando descoberto o desvio, basta devolver os valores ou concluir a obra inacabada/desconforme. Cria-se assim uma ponte de ouro que inexiste na legislação

penal, ressalvadas as hipóteses de desistência voluntária ou arrependimento eficaz (CP, art. 15) - o que não é o caso, pois não há que se falar em tais institutos quando consumado o delito (ACR 200204010450655, JOSÉ LUIZ BORGES GERMANO DA SILVA, TRF4 - SÉTIMA TURMA, DJ 05/11/2003 PÁGINA: 1066).

Acrescento ser absolutamente inaceitável, como no caso, que obras públicas sejam deixadas aos cuidados de “mestre de obra”, sem atuação de engenheiros, pelos riscos advindos: se a cobertura da quadra ruir e matar crianças, não deve ser descartada a possibilidade de serem denunciados os envolvidos (mestre de obras, engenheiro que assinou a ART de execução, etc.) até por homicídio doloso, ante o risco assumido de produzir o resultado. Tal circunstância (descaso com a segurança) será considerada na dosimetria da pena.

Em síntese, tendo restado comprovadas a autoria e materialidade da conduta imputada, e inexistente qualquer causa excludente de ilicitude ou exculpante, impõe-se a condenação, pelo crime do art. 312, §1º, CP, de DINEUDES POSSIDÔNIO, apenas quanto ao boletim de medição número 2.

Por outro lado, impõe-se a absolvição: de IVALDO ANTÔNIO e de DINEUDES POSSIDÔNIO, quanto aos boletins de medição números 1 e 3, com fundamento no art. 386, II, CPP (“não haver prova da existência do fato”); e de IVALDO ANTÔNIO, quanto ao boletim de medição número 2, com fundamento no art. 386, V, CPP (“não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”).

Imputação 2

Quanto à imputação referida no relatório desta sentença como número 2 (abaixo repetida), narra a denúncia, “in verbis”:

b) **IMPUTAÇÃO 2 - DINEUDES POSSIDÔNIO e JOSÉ GIRSON** praticaram o fato típico previsto no art. 312 do Código Penal, ao desviarem em proveito de DINEUDES POSSIDÔNIO recursos do termo de compromisso 7821/2014, por ocasião do boletim de medição 4 e, com o auxílio de DÊNIS RICARDO, do boletim de medição 5;

2.1.1. Superestimativa de Área de Cobertura

Diante da omissão do município de São José do Bonfim em apresentar a documentação completa do que foi solicitado e com o objetivo de analisar a planilha de custos do contrato administrativo decorrente da TP n. 03/2014, a CGU efetuou o levantamento das informações disponíveis no site do FNDE referente aos projetos que compõem a estrutura da cobertura em aço, constatando uma superestimativa nos quantitativos do orçamento básico (e consequentemente nos quantitativos da proposta de preços), referentes a itens da cobertura da quadra (fl. 35).

De acordo com os projetos disponibilizados no sítio do FNDE, constatou-se que a área total da cobertura da quadra corresponde a 1.096,29 m² (28,85m do arco superior x 38,00m de comprimento), evidenciando uma superestimativa de 17,71 m² nos quantitativos desses itens relacionados à cobertura, com reflexo financeiro no montante de R\$ 2.467,07 sobre o valor contratado, conforme discriminado na planilha de fl. 35.

Os valores descritos nos itens 6.1 e 6.2, somando R\$ 2.271,49, foram efetivamente pagos pelo município de São José do Bonfim à Construtora Millenium por meio do Boletim de Medição nº 05, datado de 03 de novembro de 2017. Os itens 10.4 e 10.5 ainda não haviam sido pagos até a data de início dos trabalhos de fiscalização da CGU. Nesse BM, conforme quadro apresentado acima, os engenheiros responsáveis pela obra eram Dênis Filho e José Girson, responsáveis, com Dineudes Possidônio, pelo desvio de recursos públicos.

2.1.2. Pagamento Ilegal na Execução de Cobertura da Quadra Escolar

Da análise do orçamento e da proposta de preços para a execução da quadra escolar coberta em São José do Bonfim, observou-se que os serviços materialmente mais relevantes se referem à execução da cobertura da quadra (item 6.1 - Estrutura de aço em arco vão de 30m, no valor de R\$ 102.643,96, e item 6.2 - Telha metálica em chapa galvanizada e=0.5mm, no valor de R\$ 40.242,58). Esses dois itens somam R\$ 142.886,52 e representam 28,36% do valor total das obras, contratadas junto à Construtora Millenium.

A planilha orçamentária utilizada na licitação prevê a execução do serviço da cobertura com um vão de 30m, em que pese o projeto da quadra definir que o vão será inferior a 25m (o vão livre horizontal da cobertura é de cerca de 21m no projeto), demonstrando a incompatibilidade entre o orçamento e os projetos (fl. 36).

Ainda em relação a cobertura, apesar de o projeto disponível no sítio do FNDE conter um quadro resumo do aço que será aplicado na estrutura, não constam informações sobre o peso total dessa estrutura, tampouco há informações quanto ao peso linear de cada uma das peças que a compõem. Contudo, essa informação pode ser obtida no próprio sítio do FNDE junto ao memorial descritivo deste modelo padrão de quadra (2014), onde consta que a estrutura da cobertura desta quadra tem o peso total de 12.255 kg (fl. 36).

Por meio de análise dos projetos, referentes às peças que compõem a cobertura, considerando o peso linear constante em publicações de fabricantes e fornecedores para cada um dos elementos, a CGU verificou que o peso total do aço orçado pelo FNDE para a estrutura (12.255 kg) está compatível com os projetos, salientando-se que as telhas metálicas foram especificadas como do tipo galvanizada e com 0,5mm de espessura.

Todavia, constatou-se que a Construtora Millenium executou a cobertura da quadra completamente em desobediência aos projetos disponibilizados pelo FNDE, ou seja, foram empregadas peças metálicas com

comprimentos e espessuras divergentes das especificadas nos projetos para os perfis e para as telhas metálicas.

Após o levantamento in loco das dimensões dos perfis e das telhas utilizados na estrutura da quadra de São José do Bonfim, a CGU, utilizando os pesos lineares dos perfis constantes em publicações de fabricantes e fornecedores, verificou que o total de aço utilizado na cobertura foi de apenas 7.723,26 kg. Portanto, a taxa de aço da estrutura construída foi de 63% em relação ao projeto original. Quanto à telha metálica da cobertura, verificou-se que foram empregadas telhas de zinco, sem pintura, com 0,4mm de espessura, o que corresponde a 80% da espessura prevista em projeto e em material diferente do especificado (fl. 36).

Os itens referentes à cobertura, no valor de R\$ 142.886,52, foram atestados pelo engenheiro fiscal José Girson, tendo sido parcialmente pagos por meio de transferência eletrônica à Construtora Millenium, conforme dados de pagamento disponibilizados pelo município, relacionados a seguir:

(...)

Nesta data, o engenheiro da empresa Millenium era Denis Filho, conforme quadro apresentado inicialmente, o qual embora não assine o Boletim de Medição, afirmou que trabalhou para a empresa Millenium na obra de São José do Bonfim (fl. 944).

Portanto, considerando que os serviços da estrutura metálica foram atestados irregularmente pelo engenheiro responsável pela fiscalização das obras, José Girson, e que o contrato de obras com a Construtora Millenium encontra-se expirado, resta caracterizado o prejuízo ao erário na totalidade paga por estes serviços, executados sem obedecer às especificações do projeto.

Por oportuno, faz-se necessário registrar que as obras estavam paralisadas no momento da inspeção física e que a Prefeitura Municipal de São José do Bonfim/PB não apresentou documentos comprobatórios de que o contrato de execução dos serviços tenha sido prorrogado ou rescindido. Além disso, também não foram apresentadas evidências da aplicação de sanções contratuais à empresa contratada para executar as obras, em especial pelo descumprimento dos prazos contratuais.

Seguem algumas fotos que evidenciam as irregularidades encontradas na execução da estrutura metálica da cobertura da quadra:

(...)

2.1.5. Cancelamento de Nota Fiscal

Por meio de consulta ao sítio da Prefeitura de Patos/PB, município em que está sediada a Construtora Millenium, foram realizadas pesquisas para verificar a autenticidade das notas fiscais faturadas e apresentadas ao município de São José do Bonfim, anexadas nos processos de pagamento do TC nº 7821/2014 (fl. 46/47).

Dentre as notas fiscais consultadas no sítio da Prefeitura de Patos/PB, verificou-se que a Nota Fiscal de Serviço Eletrônica - NFS-e nº 2017/00000000118, emitida em 1º de novembro de 2017, no valor de R\$ 117.070,58, referente ao Boletim de Medição nº 05, apesar de ter sido emitida por aquela empresa, havia sido cancelada posteriormente, ou seja, a referida nota fiscal não é mais válida.

(...)

Cabe destacar que o pagamento da referida nota fiscal foi realizado pela Prefeitura de São José do Bonfim e, desse modo, os recursos destinados a Construtora Millenium não possuem suporte contábil/fiscal válido. Cabe mencionar também que a realização de pagamentos sem suporte fiscal é um facilitador para o desvio de recursos públicos, sobretudo porque, nesse caso, os recursos não transitam necessariamente pela contabilidade da empresa.

Antecipo que assiste, em parte, razão ao MPF.

Houve, de fato, cancelamento da nota fiscal decorrente do boletim de medição número 05 (item 2.1.5 da denúncia), como se observa nos documentos de id. 4058205.3380132, p. 5, 0800113-98.2019.4.05.8205, e id. 4058205.3382669, p. 36, 0800113-98.2019.4.05.8205. Contudo, à semelhança dos encargos sociais não recolhidos (tratados na imputação 1), isso não caracteriza desvio de recursos públicos, mas, possivelmente, crime tributário. Deixo, todavia, de apreciar a questão, porque, além de lesado, em princípio, apenas o tesouro municipal (não recolhimento do Imposto Sobre Serviços – ISS), não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo (Súmula Vinculante STF 24).

Resta examinar os itens 2.1.1 (“Superestimativa de Área de Cobertura”) e 2.1.2 (“Pagamento Ilegal na Execução de Cobertura da Quadra Escolar”) da denúncia.

Foi consignado na constatação 01:

Na cobertura da quadra escolar construída com recursos do termo de compromisso 7821/2014 (SIMEC 1008483), firmado entre a Prefeitura de São José do Bonfim/PB e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, foram empregadas telhas de zinco, sem pintura, com 0,4 mm de espessura.

O projeto da quadra em tela, que embasou a celebração do contrato com a Construtora Millenium, previu que a cobertura e os fechamentos laterais fossem realizados com telhas de aço galvanizado onduladas de 0,5 mm.

A referida empresa, com atuação de DINEUDES POSSIDÔNIO, ao assinar o contrato, comprometeu-se a executar os serviços com as especificações acima.

O emprego de telhas de zinco, sem pintura e com espessura de 0,4mm, em desconformidade com o projeto e o contrato, importou em prejuízo aos cofres públicos.

De modo semelhante, também com dano ao erário, em várias peças metálicas da cobertura (v.g., treliças e terças), os comprimentos e espessuras constatados “in loco” divergem das especificações do projeto e, por conseguinte, do contratado com a Construtora Millenium.

Os detalhes da constatação acima e os elementos que a comprovam podem ser consultados naquele tópico (“Mérito – caso concreto – constatação 01”), sendo desnecessários repeti-los, integralmente, neste momento. Contudo, chamo atenção para os seguintes trechos:

Como visto acima, os auditores da CGU registraram que o total de aço utilizado na cobertura foi de 7.723,26 Kg, bastante inferior ao previsto no projeto (12.255 Kg). Contudo, não foi possível localizar nos autos judiciais memórias de cálculo que amparem a conclusão, tendo o Sr. Superintendente da CGU informado que, possivelmente, elas se encontram arquivadas naquele órgão. Tais elementos deveriam acompanhar o relatório em tela, porque permitiriam a verificação do (des)acerto da metodologia utilizada, dos dados analisados e dos resultados, questões que interessam a todos os atores processuais (juiz, defesa e acusação).

É verdade, em outra direção, que os relatórios técnicos dos órgãos de controle gozam de presunção de veracidade, devendo prevalecer enquanto não refutados, concretamente (i.e., com apoio em elementos objetivos), pela defesa. Em caso semelhante, decidiu o TRF 3a. Região (grifos não originais):

Os elementos colhidos em auditoria realizada pela Previdência Social, mediante a análise dos livros fiscais e folhas de pagamento dos empregados da empresa, **gozam de presunção de veracidade e legitimidade** e dão conta da omissão praticada, sendo que grande parte dos recursos administrativos atinentes à matéria versam sobre a regularidade formal do lançamento tributário e sobre o valor do montante devido e seus acessórios, questões posteriores à omissão praticada e que, portanto, não têm o condão de atingir a estrutura do delito. (...) (HC 00111873420104030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/08/2010 PÁGINA: 1086)

O caso em tela, todavia, é diverso, porquanto a ausência de memórias de cálculos impossibilitou que as defesas pudessem apresentar suas teses, impedindo-as, até mesmo, de compreender o trabalho da CGU.

Aliás, neste ponto específico, acredito ter ocorrido um equívoco dos auditores. Eles apontaram, na cobertura, prejuízo de R\$ 117.070,58, ao passo que a proposta da licitante foi de cerca de R\$ 140.000,00 (somatório dos itens 6.1 e 6.2). Ou seja, o dano estimado foi de mais de 80% dos valores contratados, o que, pelo relatado, pode não corresponder à realidade. Esclareço, com um exemplo: a treliça principal de sustentação da cobertura foi executada com 66 cm de altura, inferior à do projeto (80 cm); a diferença na altura (14 cm) corresponde a cerca de 17% da prevista, sendo este, possivelmente, o superfaturamento no item.

Por esses motivos, considero não comprovada a alegação de que o total de aço utilizado na cobertura foi de 7.723,26 Kg, inferior ao previsto no projeto (12.255 Kg), causando prejuízo de R\$ 117.070,58.

Não obstante, persistem duas irregularidades graves na execução. Primeira, foram usadas telhas de zinco, sem pintura e com espessura de 0,4 mm, em desconformidade com o projeto, que contemplava telhas de aço galvanizado onduladas de 0,5 mm. Segunda, em várias peças metálicas da cobertura, os comprimentos e espessuras constatados “in loco” divergem (sempre para menos) das especificações do projeto, por exemplo: a treliça principal de sustentação da cobertura foi executada com 66 cm de altura, inferior à prevista no projeto (80 cm); a terça foi executada com 100 mm de largura, inferior à prevista no projeto (150 mm).

A utilização de materiais com dimensões (v.g., espessura ou altura) inferiores às do projeto significa prejuízo ao erário. O valor contratado contemplava peças metálicas mais robustas, que, por óbvio, apresentam preços mais elevados. Quando a empresa executora (Millenium) entrega objeto inferior, auferir lucro ilícito, com danos aos cofres públicos.

Para as irregularidades em tela, perfeitamente compreensíveis, mormente pela presença nos autos dos projetos da quadra, a defesa poderia ter apresentado elementos que as refutassem, por exemplo, apontando equívocos dos auditores da CGU. Nada fizeram nesse sentido, de modo que concluo comprovado o superfaturamento, apesar de não quantificado especificamente.

Na tentativa de ilidir as conclusões da CGU, a defesa apresentou parecer técnico, elaborado por engenheiro civil (id. 4058205.3476960), que, em essência, afirma possuir a obra percentual de serviços executados superior ao que foi pago, de modo que “as inconformidades citadas sobre os projetos de estrutura da coberta indicam que os mesmos são passíveis de modificação, sendo assim os despachos apresentados pelo FNDE [repetidos pela CGU], no que se refere às pendências da coberta, poderão ser justificados em novo projeto estrutural, no decorrer do andamento da obra e que os valores não pagos do referido serviço possivelmente serão

utilizados para reforço da estrutura executada”. Em outras palavras, entende aquele “expert” que o superfaturamento detectado na cobertura poderia ser “compensado” pela realização de outros serviços, bastando apresentar novos projetos ao FNDE.

Com todas as vênias, não lhe assiste razão. Se a empresa é contratada para executar uma obra pública, deve atender a todas as especificações do projeto, merecendo, então, receber, em contrapartida, os valores que relacionou em sua proposta de preços. Não é admissível (em especial, com muito mais razão, quando isso ocorre após a descoberta da irregularidade pela fiscalização) que empresa e gestores municipais tentem realizar um encontro de contas: o que deixou de ser realizado (ou o foi a menor) seja compensado em outros itens futuros.

Reitero, a devolução dos valores aos cofres públicos (ainda que sob a forma de outros serviços) não é suficiente para desconstituir a existência do crime. Pensar diverso, com as escusas de praxe, estimula a corrupção: quando descoberto o desvio, basta devolver os valores ou concluir a obra inacabada/desconforme. Cria-se assim uma ponte de ouro que inexiste na legislação penal, ressalvadas as hipóteses de desistência voluntária ou arrependimento eficaz (CP, art. 15) - o que não é o caso, pois não há que se falar em tais institutos quando consumado o delito (ACR 200204010450655, JOSÉ LUIZ BORGES GERMANO DA SILVA, TRF4 - SÉTIMA TURMA, DJ 05/11/2003 PÁGINA: 1066).

A defesa, quando das oitivas das testemunhas em juízo, também levantou a tese de que não houve prejuízo ao erário, porque, a despeito de utilizadas (sem risco para a segurança da estrutura) peças metálicas menores, elas poderiam custar mais que as previstas no projeto, bem como porque a cobertura foi cotada em metros quadrados.

Não lhe assiste razão.

Como sabido por todos (e indicado no relatório da CGU), sem mudanças nos materiais, o custo de peças metálicas vincula-se diretamente aos pesos, que, por sua vez, dependem das dimensões. Como foram utilizadas (v.g.) treliças menores, é absurdo afirmar que tiveram custo mais elevado do que as originais.

Não pode ser descartada a possibilidade de uma peça metálica menor custar mais do que uma maior, mas isso acontece, salvo flutuações eventuais do mercado, em decorrência dos tipos diferentes de aços utilizados. No caso em tela, não houve qualquer alegação de que, por exemplo, em prol da segurança da estrutura (e deixo de analisar este ponto, por ausência de elementos suficientes nos autos), foram empregadas peças menores e mais resistentes (aços mais caros). Ademais, poderia a Construtora Millenium ter apresentado, para os auditores ou em juízo, as notas fiscais de aquisição das referidas peças, o que bastaria (caso efetivamente tenham custado mais – hipótese que, reitero, deve ser descartada pelos elementos presentes nos autos) para afastar o superfaturamento.

A alegação de que a cobertura foi cotada em metros quadrados, de modo semelhante, com todas as vênias, aproxima-se da chicana. É indiscutível que a planilha orçamentária (item 6.1 - Estrutura de aço em arco vão de 30m; preço unitário por m² de R\$ 93,08; quantidade a ser executada de 1.114 m²; preço total de R\$ 103.691,12) não prevê a remuneração da contratada por quilos de peças metálicas fornecidos. Contudo, o projeto do FNDE e o seu memorial descritivo detalham claramente as dimensões dos perfis, o que obrigava a Construtora Millenium a executar a cobertura com aquelas especificações. A tese da defesa, caso acolhida, levaria a absurdos: se basta entregar 1.114 m² de área coberta (como consta da planilha), nada impediria a executora de recobrir a quadra com finas placas de alumínio, ainda que não resistissem ao menor vento.

Quanto à área de cobertura, mister notar que a CGU apontou, no item 2.2.5 do relatório, outra irregularidade: superestimativa (17,71 m²) nos quantitativos do orçamento básico (e conseqüentemente nos quantitativos da proposta de preços), referentes a itens da cobertura da quadra. Destaco daquele documento o seguinte trecho:

De acordo com os projetos disponibilizados no sítio do FNDE, constatou-se que a área total da cobertura da quadra corresponde a 1.096,29 m² (28,85 m do arco superior x 38,00 m de comprimento), evidenciando uma superestimativa de 17,71 m² nos quantitativos desses itens relacionados à cobertura. contratados pela Prefeitura de São José do Bonfim junto à Construtora Millenium Ltda - EPP. O quantitativo superestimado desses itens tem um reflexo financeiro no montante de R\$ 2.467,07 sobre o valor do contrato n° 40301/2014-CPL, conforme a seguir discriminado: (...)

Não acolho a conclusão acima. Ainda que, como apontaram os auditores, tenha ocorrido erro na área da cobertura (projeto prevendo apenas 1.096,29 m², enquanto a planilha traz o valor de 1.114,00 m²), isso isoladamente não leva ao superfaturamento. O que importa no preço, como já expliquei anteriormente, é o peso das peças metálicas, decorrente das dimensões de cada uma delas, conforme especificado no projeto e no memorial descritivo. Se, possivelmente por um equívoco, o projeto apontou área menor, mas elencou todos os perfis que deveriam ser utilizados (a justificar os valores lançados na planilha orçamentária), reitero, neste ponto, não existiu dano aos cofres públicos.

Como exposto, os danos aos cofres públicos e o conseqüente lucro ilícito da Construtora Millenium ocorreram no emprego de telhas de zinco, sem pintura e com espessura de 0,4mm, enquanto previstas telhas de aço galvanizado onduladas de 0,5 mm, e de várias peças metálicas da cobertura (v.g., treliças e terças), com comprimentos e espessuras,

constatados “in loco”, divergentes (sempre para menos) das especificações do projeto e, por conseguinte, do contratado com a Construtora Millenium.

Caso se tratasse de irregularidades menores (v.g., pequenas rachaduras no reboco de uma parede), comuns em qualquer obra, não existiria crime, mas eventual inobservância de obrigações contratuais, a merecer resposta tão-somente na esfera cível. Contudo, o quadro maior, registrado pelos auditores da CGU, é diverso: os agentes da Construtora Millenium, reiteradamente, fugiram das especificações do projeto e das boas técnicas de Engenharia, sempre em detrimento dos cofres públicos (i.e., não há registro de nenhum serviço que tenha sido executado a maior, em favor do município), o que demonstra a intenção de desviar recursos públicos.

Ressalvo, como detalhei naquele tópico (“Mérito – caso concreto – constatação 01”), que algumas considerações do órgão de controle interno não podem ser acolhidas na seara criminal (v.g., total de aço utilizado na cobertura foi de 7.723,26 Kg, inferior ao previsto no projeto - 12.255 Kg, causando prejuízo de R\$ 117.070,58). Não obstante, a conclusão do parágrafo anterior se mantém, porque, reitero, não existiu simples incúria dos construtores, e sim postura firme no sentido de lesar a Administração Pública.

O desvio dos recursos públicos teria sido evitado se o engenheiro fiscal houvesse cumprido, com zelo, suas atribuições. Incumbia àquele engenheiro, constatadas as desconformidades nos perfis metálicos e nas telhas (devendo ser acrescido à presente imputação, sem alteração da moldura fática descrita na denúncia – CPP, art. 383, o piso de concreto armado, espessura de 10 cm, executado com apenas 8 cm), glosar os valores correspondentes, impedindo os pagamentos a maior.

O atesto indevido em boletim de medição por engenheiro fiscal configura o crime do art. 312, §1º, CP, pelas razões que constam do tópico “Mérito – considerações gerais – peculato”, ainda que contratado temporariamente, como no caso, por força do art. 327, “caput”, CP: considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

O superfaturamento ocorreu nos boletins de medição números 4 e 5, como consignado na constatação 05:

A planilha de quarta medição da obra em tela, assinada por JOSÉ GIRSON, engenheiro fiscal do município de São José do Bonfim/PB, totaliza R\$ 15.270,08 e contempla, como realizados, os seguintes itens: 9. PISOS (inclusive, parcialmente, o item 9.2 – piso com espessura de 10 cm) e 11. INSTALAÇÕES HIDRÁULICAS. O pagamento correspondente ocorreu em 29/12/2016.

A planilha de quinta medição da obra em tela, assinada por JOSÉ GIRSON, engenheiro fiscal do município de São José do Bonfim/PB, totaliza R\$ 117.070,58 e contempla, como realizados, os seguintes itens: 6. COBERTURA (quase integral) e 10. PINTURA. O pagamento correspondente ocorreu em 03/11/2017.

O boletim da quarta medição trouxe, como realizados, os seguintes itens: 9. PISOS (inclusive, parcialmente, o item 9.2 – piso com espessura de 10 cm) e 11. INSTALAÇÕES HIDRÁULICAS. Ou seja, há nele o pagamento do item 9.2 (piso de concreto armado, com espessura de 10 cm), o que não poderia ter ocorrido, porque ele foi executado (vide constatação 02) em desconformidade com o projeto (i.e., espessura de apenas 8 cm), caracterizando-se dano ao erário e o consequente lucro ilícito em favor da Construtora Millenium.

O boletim da quinta medição trouxe, como realizados, os seguintes itens: 6. COBERTURA (quase integral) e 10. PINTURA. Ou seja, há nele o pagamento (quase integral) da cobertura, o que não poderia ter ocorrido, porque ela foi executada em desconformidade com o projeto (i.e., telhas diversas e perfis metálicos menores), caracterizando-se dano ao erário e o consequente lucro ilícito em favor da Construtora Millenium.

Deu-se, assim, nos BMs 04 e 05, com atuação dolosa (dolo direto, porque acompanhou a obra e, ciente da falhas, não glosou qualquer item) de engenheiro fiscal da Prefeitura Municipal de São José do Bonfim/PB, que se valeu da sua condição de funcionário para a conduta, embora ele não tivesse a posse do dinheiro, a subtração de parte das verbas federais descentralizadas pelo termo de compromisso 7821/2014 (SIMEC 1008483), firmado entre a Prefeitura de São José do Bonfim/PB e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE.

Como visto acima, todas as elementares do peculato-furto (CP, art. 312, §1º) estão presentes, de modo que, reitero, para os boletins da quarta e quinta medições, a materialidade resta demonstrada. Passo a examinar a responsabilidade criminal dos denunciados (DINEUDES POSSIDÔNIO, JOSÉ GIRSON e, para o boletim de medição 05, DÊNIS RICARDO).

Quanto a DÊNIS RICARDO, restou consignado na constatação 06:

DÊNIS RICARDO figurou, junto ao CREA/PB, como responsável técnico pela construção da quadra coberta em tela, assumindo, a partir de agosto de 2017, a obra em substituição a Geraldo da Costa Palmeira, mas apenas no papel.

Como visto, DÊNIS RICARDO, no momento do pagamento do quinto boletim de medição (03/11/2017), era o responsável, perante o CREA/PB, pela execução da obra. Todavia, sob pena de aceitar-se a responsabilidade objetiva (incabível no Direito Penal), este singelo fato, sem comprovação de que tenha atuado na referida medição, não basta. Além de o documento não trazer sua assinatura, no interrogatório judicial (transcrito no tópico “Mérito – caso concreto – constatação 06”), DÊNIS RICARDO reconheceu que era o engenheiro da Millenium, mas apenas no papel, não tendo sequer acompanhado a obra em tela. Assim, impõe-se sua absolvição, com fundamento no art. 386, V, CPP (“não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”).

JOSÉ GIRSON, engenheiro fiscal do município, deve ser condenado. No seu interrogatório judicial (transcrito no tópico “Mérito – caso concreto – constatação 05”),

ele reconhece que assinou os boletins de medição 04 e 05, não trazendo ao processo qualquer justificativa plausível para ter admitido serviços em desconformidade com o projeto. Atuou, portanto, com o dolo (plena consciência e vontade livre) de atestar falsamente serviços não realizados a contento, ciente de que causava prejuízo aos cofres públicos e lucro para a Construtora Millenium.

DINEUDES POSSIDÔNIO também deve ser condenado. No seu interrogatório judicial (transcrito no tópico “Mérito – caso concreto – constatação 04”), ele afirma que estava na obra semanalmente, de sorte que a execução irregular do piso e da cobertura não lhe era desconhecida (e ele chega a reconhecer que sabia das “desconformidades”, esperando o final da obra para “saná-las”). Assim, conquanto tenha contratado um “mestre de obras” (Neto, que, por sua vez, teria terceirizado a cobertura), DINEUDES POSSIDÔNIO, com dolo (plena consciência e vontade livre), vinculou-se efetivamente à conduta em tela: ordenou que seus subordinados executassem incorretamente os itens (no intuito de obter lucro ilícito) ou, no mínimo, aceitou que eles assim fossem feitos, sem adotar as medidas corretivas.

As teses defensivas foram, ainda que implicitamente, refutadas ao longo da fundamentação acima.

Enfatizo (mais uma vez), apenas, um ponto: não se admite, em obras públicas, que empresa e gestores entrem em “acordos”, aceitando que desvios, mormente após descobertos pela fiscalização, sejam simplesmente “corrigidos”, por exemplo, com encontro de contas: o que deixou de ser realizado (ou o foi a menor) seja compensado em outros itens futuros. Repetindo o que disse alhures, a devolução dos valores aos cofres públicos (ainda que sob a forma de outros serviços ou o refazimento dos incorretos) não é suficiente para desconstituir a existência do crime. Pensar diverso, com as escusas de praxe, estimula a corrupção: quando descoberto o desvio, basta devolver os valores ou concluir a obra inacabada/desconforme. Cria-se assim uma ponte de ouro que inexiste na legislação penal, ressalvadas as hipóteses de desistência voluntária ou arrependimento eficaz (CP, art. 15) - o que não é o caso, pois não há que se falar em tais institutos quando consumado o delito (ACR 200204010450655, JOSÉ LUIZ BORGES GERMANO DA SILVA, TRF4 - SÉTIMA TURMA, DJ 05/11/2003 PÁGINA: 1066).

Acrescento ser absolutamente inaceitável, como no caso, que obras públicas sejam deixadas aos cuidados de “mestre de obra”, sem atuação de engenheiros, pelos riscos advindos: se a cobertura da quadra ruir e matar crianças, não deve ser descartada a possibilidade de serem denunciados os envolvidos (mestre de obras, engenheiro que assinou a ART de execução, engenheiro fiscal etc.) até por homicídio doloso, ante o risco assumido de produzir o resultado. Tal circunstância (descaso com a segurança) será considerada na dosimetria da pena.

Repetindo o que disse em outro ponto desta sentença (tópico “Mérito – considerações gerais – peculato”), usualmente, os peculatos em obras públicas ocorrem em sucessivos pagamentos (i.e., um para cada boletim de medição) ao agente beneficiado, em circunstâncias de execução semelhantes. Trata-se, portanto, em regra, da prática (mediante mais de uma conduta) de crimes da mesma espécie e nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, com unidade de desígnios (elemento subjetivo), de sorte que se impõe sejam os subsequentes havidos como continuação dos anteriores (CP, art. 71). Em reforço, confira-se (grifos não originais, casos apenas semelhantes, mas em tudo aplicáveis ao sob exame):

PENAL. CRIME DE PECULATO FURTO EM CONCURSO COM CRIME DE ESTELIONATO QUALIFICADO. FUNCIONÁRIO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. SUBTRAÇÃO, EM PROVEITO PRÓPRIO, DE VALORES DE CONTA CORRENTE, VALENDO-SE DAS FACILIDADES DO CARGO. FALSIFICAÇÃO DE ASSINATURA DE CORRENTISTA EM CHEQUES, AVISOS DE DÉBITO E GUIAS DE RETIRADA. EMENDATIO LIBELLI EM SEGUNDO GRAU. NÃO TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTELIONATO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DA ELEMENTAR FRAUDE NOS FATOS INCRIMINADOS. SAQUES REALIZADOS PELA RÉ PESSOALMENTE. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS. CONCURSO DE AGRAVANTES E ATENUANTES. PREVALÊNCIA DAS AGRAVANTES OBJETIVAS. CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO I - Afastada a tipificação das condutas no crime de estelionato previsto no artigo 171, § 3º do Código Penal, por não ter restado demonstrada no conjunto probatório a realização da elementar consistente no emprego de fraude na obtenção da vantagem indevida. II - Conjunto probatório uníssono no sentido de que a ré não induzia em erro os funcionários que trabalhavam nos caixas da agência a realizar saques indevidos, mediante o desconto dos cheques da correntista em que apunha as assinaturas falsas, mas era ela própria quem realizava tais operações, pois em todos os cheques que descontava nos caixas era lançado seu "visto", de tal forma que assumia a responsabilidade pelos lançamentos deles decorrentes. Ademais, tais funcionários não efetuavam a conferência das assinaturas constantes dos cheques apresentados a desconto pela apelante, mas se viam exonerados de verificar sua convergência com a ficha de assinaturas, pois pressupunham a legitimidade do documento. III - **Reconhecida a não realização da elementar "fraude" do modelo legal do estelionato, impondo-se a nova definição jurídica dos fatos incriminados, para sua subsunção unicamente ao tipo penal do peculato-furto, pois prevalece no conjunto probatório a conduta da apelante de se apropriar dos recursos da correntista da agência em que desempenhava suas atividades, valendo-se para tanto das facilidades proporcionadas por sua condição de funcionária da instituição financeira.** IV - É cediço que o cabimento da emendatio libelli (art. 383 do CPP) em segundo grau, em se tratando de recurso exclusivo da defesa, deve respeitar os limites do art. 617 do CPP, que proíbe a reformatio in pejus, pois o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da sua classificação legal. V - Reconhecida a materialidade delitiva nas **108 (cento e oito) operações de saque irregulares na conta-corrente realizadas pela apelante, diante da inautenticidade das assinaturas constantes de 70 (setenta) cheques**, falsificadas pela apelante e por ela descontados no período de 14.01.1999 a 29.03.2000, apurada ainda a realização de 34 (trinta e quatro) saques por meio de "avisos de débito" no período de 11.01.1999 a 16.09.1999, por meio dos quais a apelante efetuava o pagamento de suas contas pessoais (água, luz, telefone, condomínio, plano de saúde, IPVA), além da realização de saques por meio de "guias de retirada", num total de 04 (quatro) guias. VI - Aatoria

delitiva é incontroversa, ante a confissão proferida pela apelante em todas as instâncias de apuração, assumindo a responsabilidade pelos saques realizados por meio de tais títulos, além do fato de que a apelante restituiu à Caixa Econômica Federal os valores neles representados, confissão que restou corroborada pelo laudo pericial elaborado pela Caixa Econômica Federal. VII - As circunstâncias judiciais, na forma como consideradas na sentença, transcenderam os limites do artigo 59 do Código Penal para ingressar nas circunstâncias legais definidoras de agravantes e atenuantes, como também de causa de aumento da pena. Tal ocorreu quanto às circunstâncias relacionadas ao prolongamento da prática delitiva, circunstância relacionada ao cabimento da continuidade delitiva, assim como em relação à dissimulação e ao motivo fútil, circunstâncias elencadas no artigo 61, II do Código Penal para o agravamento das reprimendas. VIII - Fixada a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão, tida como a recomendável para a adequada reprovabilidade da conduta e prevenção do crime, reconhecido que as circunstâncias e o modus operandi empregado nas subtrações incriminadas revelaram que a apelante fez uso de seus conhecimentos de profissional do setor bancário e do treinamento recebido da CEF, desvirtuando-os para, por meio deles, alcançar com maior facilidade e eficácia seu intento delituoso, valendo-se ainda da credibilidade da Caixa Econômica Federal na consecução do desfalque perpetrado, além do prestígio e reputação que gozam no seio social os servidores da Caixa Econômica Federal, auxiliando a apelante na captação dos recursos e para angariar a confiança da correntista. IX - Merecem consideração para o agravamento da reprimenda, na 2ª fase, o fato dos delitos terem sido cometidos mediante traição, considerada esta contra a correntista, pois a apelante foi desleal e traiu a amizade e a confiança que a cliente nela depositava após décadas de relacionamento bancário. Outra agravante é a dissimulação, considerada esta em relação aos demais funcionários da agência, ao invocar a apelante sua amizade com a correntista para afastar as suspeitas quanto à sua prática criminosa. Por fim, incide a circunstância da prática do crime contra pessoa idosa (correntista nascida em 04.04.1930), pois a idade avançada e baixo grau de instrução (2º ano primário) da correntista facilitaram a atuação da apelante e tornaram mais remotas as possibilidades de que fossem descobertas suas falcatruas pelo menor discernimento para resistência às suas investidas. X - Incidência das atenuantes da confissão espontânea, já que em todas as instâncias de apuração a apelante sempre admitiu a prática delitiva e prestou informações fidedignas que foram posteriormente confirmadas pela prova pericial, bem como do arrependimento, pelo fato de ter ressarcido na integralidade os prejuízos causados à CEF antes da sentença condenatória, minorando as conseqüências do crime, não estando configuradas as hipóteses de arrependimento eficaz e arrependimento posterior. XI - Verificado o concurso de causas de aumento e de diminuição, devem prevalecer as circunstâncias agravantes, por serem as circunstâncias objetivamente preponderantes no contexto delituoso, tendo em vista que as atenuantes não refletem a personalidade positiva da apelante, mas tão somente a sua intenção de minorar as conseqüências dos crimes praticados e assim reduzir ou mesmo excluir eventual sanção penal. Majoração da pena em 1/6 (um sexto), resultando, na segunda-fase, na pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. XII - Na terceira fase, de rigor a incidência da causa legal de aumento genérica da **continuidade**

delitiva prevista no artigo 71, caput do Código Penal, no fato do crime de peculato-furto ter sido cometido por 108 (cento e oito) vezes, de forma reiterada ao longo de dois anos (anos 1999 e 2000), sempre mediante o saque não autorizado de valores depositados na conta corrente da mesma correntista, mediante a falsificação das assinaturas desta em cheques, avisos de débitos ou guias de retirada, os quais eram pessoalmente descontados pela apelante nos caixas da agência em que trabalhava, valendo-se do acesso que sua condição de funcionária permitia. XIII - Na terceira fase, majorada em 1/3 (um terço) a pena de 5(cinco) anos e 10 (dez) meses imposta, resultando na reprimenda final de 8 (OITO) ANOS E 9 (NOVE) MESES DE RECLUSÃO, fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, caput e § 3º do Código Penal. XIV - Atendendo às circunstâncias judiciais desfavoráveis e às agravantes incidentes, fixada a pena pecuniária em 120 (cento e vinte) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo a unidade, em vigor à época dos fatos, tendo em vista a condição econômica da apelante. VI - Apelação parcialmente provida (ACR 00017934220014036103, DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 2 DATA:18/06/2009 PÁGINA: 15)

PROCESSO PENAL. ACÓRDÃO LOCAL EM PARTE CONSONANTE E EM PARTE DISSONANTE DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. DECISÃO MONOCRÁTICA EM RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. (...) PENAL. **PECULATO/DESVIO. TERMO A QUO DO LAPSO PRESCRICIONAL. MOMENTO CONSUMATIVO DO DELITO.** DESTINAÇÃO DIVERSA DO DINHEIRO OU VALOR DISPONÍVEIS AOS AGENTES. OBTENÇÃO DO PREJUÍZO PRÓPRIO OU ALHEIO. DESNECESSIDADE. 7. O marco inicial para a contagem da prescrição é o momento da consumação da infração penal. 8. Em se tratando de **peculato desvio**, delito plurissubsistente, cuja conduta pode ser fracionada em vários atos, **o momento consumativo ocorre quando há efetiva destinação diversa do dinheiro ou valor de que tem posse o agente, independente da obtenção material do proveito próprio ou alheio.** 9. In casu, o desvio das verbas públicas ocorreu quando do empenho das ordens de pagamento dos valores e não da assinatura do contrato, pois, neste momento, ainda não se encontravam os valores na esfera de disponibilidade dos autores da infração penal. PENAL. **PECULATO/DESVIO. SUCESSIVOS ADITAMENTOS E PAGAMENTOS. CRIMES AUTÔNOMOS. CONTINUIDADE DELITIVA.** RECONHECIMENTO. 10. Consumando-se o crime de peculato desvio no momento em que desviada a verba pública, **a realização sucessiva de novos empenhos de pagamento importa em novos desvios de dinheiro público e, portanto, tipificam crimes autônomos.** 11. Estando **presentes as condições do art. 71 do Código Penal, é de rigor a manutenção do reconhecimento da continuidade delitiva na espécie.** (...). (AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1045631 2008.00.73047-4, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:18/11/2011)

Por outro lado, o concurso material (CP, art. 69) restará presente quando, por mais de uma conduta, forem praticados dois ou mais crimes. Não é possível aplicar a regra mais benéfica do art. 71 do CP (crime continuado) se presente a habitualidade delitiva (e tal solução deve ser aplicada para as condutas concretizadas no seio de ORCRIM, por seus membros, haja vista que eles fazem do crime um meio de vida). Confira-se (grifos não originais):

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. 1. (...) ROUBO. COMETIMENTO DE DOIS DELITOS. CONCURSO MATERIAL. CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 71 DO CP. NÃO PREENCHIMENTO. REITERAÇÃO DELITIVA. CONFIGURAÇÃO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. 1. Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (art. 71 do CP) (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva). 2. **Constatada a reiteração criminosa, e não a continuidade delitiva, inviável acoiar de ilegal a decisão que negou a incidência do art. 71 do CP, pois, na dicção do Supremo Tribunal Federal, a habitualidade delitiva afasta o reconhecimento do crime continuado.** 3. (...) (HC 201200712631, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 26/11/2012)

Assim, se um dos acusados, agindo com habitualidade (i.e., mormente para aqueles que forem membros da ORCRIM), tiver atuado em mais de um peculato, receberá, em cúmulo, as penas previstas.

No presente caso, JOSÉ GIRSON praticou, por duas vezes (boletim de medição números 04 e 05), a conduta prevista no art. 312, §1º, CP, sem notícia de que seja membro de ORCRIM. Aplica-se, então, a continuidade delitiva (CP, art. 71, “caput”), com o acréscimo no mínimo (1/6).

DINEUDES POSSIDÔNIO, por seu turno, é membro de organização criminosa, como reconhecido em sentença proferida na ação penal 0800019-53.2019.4.05.8205S, não podendo ser contemplado com a regra penal mais benéfica. Receberá, então, as penas em cúmulo material (CP, art. 69).

Em síntese, tendo restado comprovadas a autoria e materialidade das condutas imputadas, e inexistente qualquer causa excludente de ilicitude ou exculpante, impõe-se a condenação, pelo crime do art. 312, §1º, CP, de DINEUDES POSSIDÔNIO e de JOSÉ GIRSON, quanto aos boletins de medição números 4 e 5 (concurso material para o primeiro denunciado e continuidade delitiva para o segundo).

Por outro lado, impõe-se a absolvição de DÊNIS RICARDO, quanto ao boletim de medição número 5, com fundamento no art. 386, V, CPP (“não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”).

- Dosimetria

Passo a dosar as penas a serem aplicadas aos condenados, em estrita observância ao disposto pelo art. 68 do Código Penal.

Faço, antecipadamente, algumas considerações, sem necessidade de repeti-las adiante.

Nos termos da Súmula STJ 444, é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Assim, ainda que respondam os acusados por suspeita do cometimento de outros crimes (e esta é a hipótese para alguns dos réus – v.g., id. 4058205.3398897), tais circunstâncias não influenciarão o cálculo da pena-base.

A pena base, embora valorada negativamente (desde que em grau elevado) apenas uma das circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima), deve ser a necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime (CP, art. 59, “caput”, “in fine”).

Ao assim proceder, não me afasto do entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, em mais de uma oportunidade, tem proclamado não se tratar, nesta fase da dosimetria, de mera operação matemática (v.g., AgRg no REsp 1737765/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, STJ - SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 13/11/2018 – “não se constata ofensa ao art. 59 do Código Penal quando as instâncias ordinárias promovem a majoração da pena-base com amparo em fundamentação idônea e em patamar razoável, pois o aumento da pena, nesta etapa da dosimetria, não está vinculada a uma fração matemática exata”).

Imputação 1

Pelas razões detalhadas anteriormente, quanto à imputação referida no relatório desta sentença como número 1, será condenado, pelo crime do art. 312, §1º, CP, DINEUDES POSSIDÔNIO, apenas quanto ao boletim de medição número 2.

Por outro lado, serão absolvidos: IVALDO ANTÔNIO e DINEUDES POSSIDÔNIO, quanto aos boletins de medição números 1 e 3, com fundamento no art. 386, II, CPP (“não haver prova da existência do fato”); e IVALDO ANTÔNIO, quanto ao boletim de medição número 2, com fundamento no art. 386, V, CPP (“não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”).

As penas previstas são as de reclusão, de dois a doze anos, e multa.

DINEUDES POSSIDÔNIO

Observando os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, percebe-se que estes são desfavoráveis ao condenado DINEUDES POSSIDÔNIO.

No que tange à culpabilidade, entendo que deve ser sopesada em seu desfavor (em grau elevado), uma vez que se evidencia reprovabilidade social (muito superior à inerente ao tipo penal) na conduta do réu: como consignado no interrogatório judicial, do referido senhor, com larga experiência na administração pública (v.g., exerceu cargos de secretário municipal, tendo sido candidato a prefeito em Patos/PB), bem como na iniciativa privada (v.g., comerciante e empresário do ramo da construção civil – com renda mensal elevada – até R\$ 4.000,00), era esperada conduta idônea, diametralmente oposta à comprovada nos presentes autos (peculato). As consequências do crime podem ser nefastas: não há garantia de que a quadra coberta da escola, pela inobservância do projeto, tenha a segurança necessária para ser usada por crianças e adolescentes, existindo a possibilidade (pelas graves irregularidades na execução) de que desabe e atente contra a vida dos usuários. As circunstâncias do crime também são desfavoráveis, porque ele foi praticado contra prefeitura municipal, órgão em que os mecanismos de controle interno, destinados a coibir irregularidades, são, em regra, frágeis, aproveitando-se o agente dessa facilidade.

Por esses motivos, a pena-base deve ser fixada em 04 (quatro) anos de reclusão.

Não há atenuantes ou agravantes.

Por conseguinte, fixo a pena provisória em 04 (quatro) anos de reclusão.

Inexistem causas de redução ou de aumento de pena.

Por conseguinte, fixo a pena definitiva em 04 (quatro) anos de reclusão.

O tipo contempla a sanção de multa, individualizada em conformidade com o art. 49 do Código Penal. Partindo das circunstâncias judiciais já aferidas quando da individualização da pena privativa de liberdade, fixo a pena de multa em 150 (cento e cinquenta) dias-multa. Atento à condição socioeconômica do réu (renda mensal declarada de R\$ 4.000,00), faço corresponder cada dia-multa a 2/15 (dois quinze avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos (janeiro de 2016 – pagamento do BM 02), devendo ser atualizado monetariamente quando da execução do julgado (art. 49, §2º, do CP).

Mais adiante, serão reunidas todas as penas aplicadas a cada um dos réus, momento em que serão estabelecidas outras condições (v.g., regime inicial de cumprimento).

Imputação 2

Pelas razões detalhadas anteriormente, quanto à imputação referida no relatório desta sentença como número 2, será condenado, pelo crime do art. 312, §1º, CP, DINEUDES POSSIDÔNIO, quanto aos boletins de medição números 4 e 5 (concurso material – duas vezes). JOSÉ GIRSON será condenado, pelo crime do art. 312, §1º, CP, quanto aos boletins de medição números 4 e 5 (crime continuado – duas vezes – acréscimo de 1/6).

Por outro lado, será absolvido DÊNIS RICARDO, quanto ao boletim de medição número 5, com fundamento no art. 386, V, CPP (“não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”).

As penas previstas são as de reclusão, de dois a doze anos, e multa.

DINEUDES POSSIDÔNIO

Não vislumbro diferenças significativas entre os crimes praticados (art. 312, §1º, CP, por duas vezes, em concurso material), de modo que será feita a dosimetria para somente uma conduta, somando-se ao final as penas.

Observando os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, percebe-se que estes são desfavoráveis ao condenado DINEUDES POSSIDÔNIO.

No que tange à culpabilidade, entendo que deve ser sopesada em seu desfavor (em grau elevado), uma vez que se evidencia reprovabilidade social (muito superior à inerente ao tipo penal) na conduta do réu: como consignado no interrogatório judicial, do referido senhor, com larga experiência na administração pública (v.g., exerceu cargos de secretário municipal, tendo sido candidato a prefeito em Patos/PB), bem como na iniciativa privada (v.g., comerciante e empresário do ramo da construção civil – com renda mensal elevada – até R\$ 4.000,00), era esperada conduta idônea, diametralmente oposta à comprovada nos presentes autos (peculato). As consequências do crime podem ser nefastas: não há garantia de que a quadra coberta da escola, pela inobservância do projeto, tenha a segurança necessária para ser usada por crianças e adolescentes, existindo a possibilidade (pelas graves irregularidades na execução) de que desabe e atente contra a vida dos usuários. As circunstâncias do crime também são desfavoráveis, porque ele foi praticado contra prefeitura municipal, órgão em que os mecanismos de controle interno, destinados a coibir irregularidades, são, em regra, frágeis, aproveitando-se o agente dessa facilidade.

Por esses motivos, a pena-base deve ser fixada em 04 (quatro) anos de reclusão.

Não há atenuantes ou agravantes.

Por conseguinte, fixo a pena provisória em 04 (quatro) anos de reclusão.

Inexistem causas de redução ou de aumento de pena.

Por conseguinte, fixo a pena definitiva, para cada um dos crimes, em 04 (quatro) anos de reclusão.

Como foram duas as condutas (BMs 04 e 05), em cúmulo material, as penas devem ser somadas, totalizando 08 (oito) anos de reclusão.

No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente (CP, art. 72).

Quanto ao BM 04, o tipo contempla a sanção de multa, individualizada em conformidade com o art. 49 do Código Penal. Partindo das circunstâncias judiciais já aferidas quando da individualização da pena privativa de liberdade, fixo a pena de multa em 150 (cento e cinquenta) dias-multa. Atento à condição socioeconômica do réu (renda mensal declarada de R\$ 4.000,00), faço corresponder cada dia-multa a 2/15 (dois quinze avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos (dezembro de 2016 – pagamento do BM 04), devendo ser atualizado monetariamente quando da execução do julgado (art. 49, §2º, do CP).

Quanto ao BM 05, o tipo contempla a sanção de multa, individualizada em conformidade com o art. 49 do Código Penal. Partindo das circunstâncias judiciais já aferidas quando da individualização da pena privativa de liberdade, fixo a pena de multa em 150 (cento e cinquenta) dias-multa. Atento à condição socioeconômica do réu (renda mensal declarada de R\$ 4.000,00), faço corresponder cada dia-multa a 2/15 (dois quinze avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos (novembro de 2017 – pagamento do BM 05), devendo ser atualizado monetariamente quando da execução do julgado (art. 49, §2º, do CP).

Mais adiante, serão reunidas todas as penas aplicadas a cada um dos réus, momento em que serão estabelecidas outras condições (v.g., regime inicial de cumprimento).

OSÉ GIRSON

Não vislumbro diferenças significativas entre os crimes praticados (art. 312, §1º, CP, por duas vezes, em continuidade delitiva), de modo que será feita a dosimetria para somente uma conduta, com o acréscimo, ao final, de 1/6.

Observando os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, percebe-se que estes são, em parte, desfavoráveis ao condenado OSÉ GIRSON.

As consequências do crime podem ser nefastas: não há garantia de que a quadra coberta da escola, pela inobservância do projeto, tenha a segurança necessária para ser usada por crianças e adolescentes, existindo a possibilidade (pelas graves irregularidades na execução) de que desabe e atente contra a vida dos usuários. As circunstâncias do crime também são desfavoráveis, porque ele foi praticado contra prefeitura municipal, órgão em que os mecanismos de controle interno, destinados a coibir irregularidades, são, em regra, frágeis, aproveitando-se o agente dessa facilidade.

Por esses motivos, a pena-base deve ser fixada em 03 (três) anos de reclusão.

Não há atenuantes ou agravantes.

Por conseguinte, fixo a pena provisória em 03 (três) anos de reclusão.

Inexistem causas de redução ou de aumento de pena.

Por conseguinte, fixo a pena definitiva, para cada crime, em 03 (três) anos de reclusão.

Pela continuidade delitiva, incide o acréscimo de 1/6, chegando-se à pena definitiva de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente (CP, art. 72). Por outro lado, é inaplicável ao crime continuado o art. 72 do CP (HC 201102471522, VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA: 11/04/2012). Ou seja, será aplicada apenas uma multa, com atualização a partir do último fato criminoso, com o acréscimo da continuidade delitiva.

O tipo contempla a sanção de multa, individualizada em conformidade com o art. 49 do Código Penal. Partindo das circunstâncias judiciais já aferidas quando da individualização da pena privativa de liberdade, fixo a pena de multa em 100 (cem) dias-multa. Acresço, pela continuidade delitiva, o fator de 1/6, obtendo, desprezadas as frações, 116 (cento e dezesseis) dias-multa. Atento à condição socioeconômica do réu (renda mensal declarada de R\$ 3.000,00), faço corresponder cada dia-multa a 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época do último fato (novembro de 2017 – pagamento do BM 05), devendo ser atualizado monetariamente quando da execução do julgado (art. 49, §2º, do CP).

Mais adiante, serão reunidas todas as penas aplicadas a cada um dos réus, momento em que serão estabelecidas outras condições (v.g., regime inicial de cumprimento).

- Unificação das penas

Passo a unificar as penas aplicadas a cada condenado, estabelecendo ainda as demais condições (v.g., regime inicial de cumprimento).

DINEUDES POSSIDÔNIO

Como detalhado anteriormente, a DINEUDES POSSIDÔNIO serão impostas as seguintes sanções:

- a) 04 (quatro) anos de reclusão (imputação 1);
- b) 150 (cento e cinquenta) dias-multa, correspondendo cada dia-multa a 2/15 (dois quinze avos) do salário mínimo vigente em janeiro de 2016 (imputação 1);
- c) 08 (oito) anos de reclusão (imputação 2);

d) 150 (cento e cinquenta) dias-multa, correspondendo cada dia-multa a 2/15 (dois quinze avos) do salário mínimo vigente em dezembro de 2016 (imputação 2);

e) 150 (cento e cinquenta) dias-multa, correspondendo cada dia-multa a 2/15 (dois quinze avos) do salário mínimo vigente em novembro de 2017 (imputação 2).

Somando-se as penas privativas de liberdade (todos os crimes foram praticados em concurso material), chega-se ao seguinte valor: 12 (doze) anos de reclusão.

O condenado deverá iniciar o cumprimento da pena de reclusão no regime fechado, por serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais (art. 33, §3º, do CP) e porquanto extrapolado o patamar do art. 33, §2º, “a”, do CP.

Considerando o montante da pena aplicada, deixo de substituir as penas privativas de liberdade, em razão do não preenchimento da condição estipulada no artigo 44, I, do CP.

É incabível, por igual motivo, a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77, do CP).

JOSÉ GIRSON

Como detalhado anteriormente, a JOSÉ GIRSON serão impostas as seguintes sanções:

a) 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão (imputação 2);

b) 116 (cento e dezesseis) dias-multa, correspondendo cada dia-multa a 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente em novembro de 2017 (imputação 2).

O condenado deverá iniciar o cumprimento da pena de reclusão no regime aberto (art. 33, §2º, “c”, do CP). Embora algumas circunstâncias judiciais lhe sejam desfavoráveis, entendo que este é o regime necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (CP, art. 59, “caput” e III).

Em face do preenchimento dos requisitos do art. 44, incisos I, II e III, do Código Penal, nos termos do §2º do mesmo dispositivo, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e prestação pecuniária, na forma e condições a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

É incabível a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77, CP).

- Considerações diversas

Prisões

Preceitua o Código de Processo Penal, no art. 387, §1º, que “o juiz [ao proferir sentença condenatória] decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

A prisão preventiva mencionada no preceito em questão deve ter natureza cautelar, ou seja, não pode decorrer da simples prolação de decreto condenatório. Assim, a prisão só poderá ser decretada, nos termos do art. 312 do CPP, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Faz-se necessária, ainda, a cumulação de tais requisitos com pelo menos uma das condições impostas no art. 313 do CPP.

A decretação da prisão cautelar sem a observância destes requisitos e condições constitui mera antecipação da pena, sendo, portanto, vedada pelo artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que resguarda o princípio da presunção de inocência.

Tendo sido decretada a prisão preventiva, a revogação será cabível quando se verificar a falta de motivo para que subsista (CPP, art. 316).

Como registrado no relatório desta sentença, DINEUDES POSSIDÔNIO encontra-se preso, pelas razões que constam da decisão de id. 4058205.3039563, 0805794-83.2018.4.05.8205, em garantia da ordem pública e da ordem econômica. Posteriormente, na sentença da ação penal 0800019-53.2019.4.05.8205S foi decretada nova prisão desse acusado. Nos dois casos, os decretos foram motivados pela participação em ORCRIM, conduta apurada naquele feito.

Ou seja, o referido senhor não se encontra preso pelos fatos (peculatos) tratados nestes autos, de modo que não se aplica à hipótese o art. 387, §1º, CPP.

Quanto a JOSÉ GIRSON, faculto-lhe apelar em liberdade, independentemente de recolhimento à prisão, em face do permissivo legal (CPP, art. 387, §1º) e por considerar que as circunstâncias do caso autorizam esse benefício.

Detração

O §2º do art. 387 do Código de Processo Penal prevê a aplicação do instituto da detração na prolação da sentença, para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. Entretanto, tal medida reclama o exame de elementos nem sempre presentes nos autos (v.g., informação atinente a outras eventuais condenações e garantia documental de bom comportamento carcerário), o que inviabiliza sua efetivação. Em reforço (grifos não originais):

PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ROUBO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. DIVERGÊNCIAS NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. REDISSCUSSÃO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE REVISÃO DO MÉRITO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. DETRAÇÃO. LEI 12736/2012. COMUNICAÇÃO AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E REJEITADOS. 1. (...) 5. Regime inicial de cumprimento da pena fechado. Manutenção. 6. **Vigência da Lei nº 12.736, de 30.11.2012. Art. 387, § 2º, do CPP.** Todos os réus já cumpriram mais de um sexto da pena a que sentenciados. 7. Marco mínimo previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal cumprido. **Impossibilidade de análise do bom comportamento carcerário e se há outras condenações, em relação a cada um dos réus. 8. Comunicação ao Juízo das execuções para avaliar detração, conforme este julgado, e possibilidade de progressão de regime dos réus, nos termos da lei de regência.** 9. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados. (ACR 00058158820104036181, JUÍZA CONVOCADA TÂNIA MARANGONI, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 26/12/2012)

Assim, no caso em comento, tendo em vista a ausência das informações necessárias à aplicação segura e precisa do instituto da detração, deixo o encargo ao juízo das execuções penais.

Perda dos cargos

Em conformidade com o art. 92, I, “a”, CP, é efeito da sentença condenatória a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública. Para tanto, é necessária fundamentação específica na sentença, porque a perda do cargo não é efeito automático da condenação (AgRg no AREsp 529.569/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016).

No caso em exame, com o trânsito em julgado da presente sentença, em desfavor de JOSÉ GIRSON, deve ser decretada a perda do cargo/função de engenheiro fiscal junto ao município de São José do Bonfim/PB, porque, como visto, o referido senhor não exerceu com zelo aquelas atribuições. Pelo contrário, faltando com o dever de lealdade com a Administração Pública que o remunera, atestou, por duas vezes, em boletins de medição, serviços que não tinham sido realizados em conformidade com os projetos, causando prejuízo aos cofres públicos.

Valor mínimo reparação

Pugna o MPF pela fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pelas infrações.

De fato, a medida tem previsão no art. 387, IV, CPP: o juiz, ao proferir sentença condenatória fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Na hipótese de não ser possível conhecer, com precisão, pela prova dos autos, o prejuízo, pode o julgador arbitrar o valor (ACR - Apelação Criminal - 7859 2006.81.02.000604-2, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 27/08/2012 - Página: 176), salvo se inexistentes elementos suficientes, quando a matéria deve ser remetida às vias ordinárias cíveis (APELAÇÃO CRIMINAL - 77282 0002905-60.2017.4.03.6111, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/01/2019).

Pelas razões que já expus ao longo desta sentença, não acolho na íntegra as conclusões dos auditores da CGU, de sorte que o valor mínimo não pode corresponder ao prejuízo quantificado por aqueles técnicos.

Os principais desvios aconteceram na cobertura da quadra, de modo que o somatório dos itens 6.1 e 6.2 (apenas o executado até o quinto boletim de medição) será a base de cálculo (i.e., R\$ 104.704,85, em 03/11/2017). Tomo como percentual mínimo do dano a diferença na altura da treliça principal de sustentação (17%), como explicado na constatação 01. Ou seja, o dano mínimo é de R\$ 17.799,83 (17% de R\$ 104.704,85), valor histórico em 03/11/2017.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal, para:

a) quanto à imputação referida na fundamentação desta sentença como número 1 (boletins de medição números 1 e 3), absolver IVALDO ANTÔNIO PEREIRA LOPES e DINEUDES POSSIDÔNIO DE MELO, com fundamento no art. 386, II, CPP (“não haver prova da existência do fato”);

b) quanto à imputação referida na fundamentação desta sentença como número 1 (boletim de medição número 2), absolver IVALDO ANTÔNIO PEREIRA LOPES, com fundamento no art. 386, V, CPP (“não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”);

c) quanto à imputação referida na fundamentação desta sentença como número 2 (boletim de medição número 5), absolver DÊNIS RICARDO GUEDES FILHO, com fundamento no art. 386, V, CPP (“não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”);

d) quanto às imputações referidas na fundamentação desta sentença como número 1 (boletim de medição número 2) e número 2 (boletins de medição números 4 e 5), condenar DINEUDES POSSIDÔNIO DE MELO pela prática do crime previsto no art. 312, §1º, CP, por três vezes (concurso material), aplicando-lhe as penas detalhadas no tópico “Unificação das Penas – DINEUDES POSSIDÔNIO”;

e) quanto à imputação referida na fundamentação desta sentença como número 2 (boletins de medição números 4 e 5), condenar JOSÉ GIRSON GOMES DOS SANTOS pela prática do crime previsto no art. 312, §1º, CP, por duas vezes (continuidade delitiva), aplicando-lhe as penas detalhadas no tópico “Unificação das Penas – JOSÉ GIRSON”.

Para JOSÉ GIRSON GOMES DOS SANTOS, quando do trânsito em julgado, decreto a perda do cargo/função de engenheiro fiscal junto ao município de São José do Bonfim/PB.

Os réus condenados arcarão, proporcionalmente, com o pagamento das custas processuais (art. 804 do CPP).

Por se cuidar de réu preso (DINEUDES POSSIDÔNIO DE MELO), em conformidade com o art. 105 do Provimento CORREGEDORIA/TRF5 n. 01/2009, determino a expedição da Guia de Recolhimento Provisório, com a formação do Processo Executivo Provisório (PEP). Após, voltem-me conclusos aqueles autos.

Faculto ao réu JOSÉ GIRSON GOMES DOS SANTOS apelar em liberdade, tendo em vista a desnecessidade de sua custódia preventiva (art. 387, §1º, CPP).

Fixo, como valor mínimo para reparação dos danos causados pelas infrações, R\$ 17.799,83, a ser corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora, em conformidade com o Manual de Cálculos da Justiça Federal, a contar de 03/11/2017.

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

Patos/PB, 21 de maio de 2019.

(documento assinado eletronicamente)

CLAUDIO GIRÃO BARRETO

JUIZ FEDERAL



Processo: 0800136-44.2019.4.05.8205
Assinado eletronicamente por: 0800136-44.2019.4.05.8205 (SENTENÇA)

CLAUDIO GIRAO BARRETO - Magistrado
Data e hora da assinatura: 21/05/2019 19:26:20
Identificador: 4058205.3790349

Para conferência da autenticidade do documento: <https://pje.jfjb.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

