

PROCESSO Nº: 0800023-22.2021.4.05.8205 - AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL****RÉU: ALDO LUSTOSA DA SILVA****ADVOGADO: Newton Nobel Sobreira Vita****11ª VARA FEDERAL - PB (JUIZ FEDERAL TITULAR)****SENTENÇA****I - RELATÓRIO**

Trata-se de ação penal pública ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF** em desfavor de **ALDO LUSTOSA DA SILVA**, imputando-lhe, por duas vezes, o crime capitulado no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/67.

Narrou a denúncia (**id. nº 4058205.6853375**) que o Município de Imaculada/PB promoveu a Tomada de Preços n.º 03/2014 objetivando a contratação de empresa para a construção de 02 (duas) quadras poliesportivas no padrão estabelecido pelo FNDE, sendo uma na EMEF Miguel Otaviano de Medeiros (sede do Município) e outra na EMEF Maria Pereira dos Santos (Distrito de Palmeira).

Consoante a vestibular, a Controladoria-Geral da União realizou fiscalização *in loco* nas obras das quadras, cadastradas no Sistema Integrado de Monitoramento do Ministério da Educação (SIMEC) sob o nº 1008308 e 1008309, ambas orçadas em R\$ 1.019.424,96.

Nas palavras do *Parquet* Federal, o Órgão de controle da União constatou que foram liberados R\$ 509.712,48 para a construção das duas quadras, o que corresponde a 50% do total previsto para o repasse de recursos federais.

Aduziu o Órgão ministerial que a CGU consignou em seu relatório que as quadras apresentavam situação crítica, com a estrutura metálica executada em desconformidade com o projeto, inclusive com graves vícios construtivos que comprometem totalmente a sua segurança e durabilidade, ocasionando a perda total dos serviços executados e alto grau de superfaturamento.

Prosseguiu o MPF indicando que a CGU consignou que a Prefeitura de Imaculada não apresentou os processos de pagamentos relacionados aos contratos celebrados.

Parte dessa documentação, segundo o MPF, somente foi apreendida com ordem judicial, na deflagração da “Operação Recidiva”. Na ocasião, a CGU relatou várias inconsistências nos processos de pagamento, como também mencionou a documentação ausente nos processos de pagamentos (Boletim de Medição nº 02 – Lote 2, dos serviços referentes ao Empenho nº 4190, além de toda a documentação relativa aos Empenhos nº 413/2016 e 721/2016), o que impossibilitou a verificação dos responsáveis pelo atesto e a regularidade do ponto de vista documental dos pagamentos.

Por todos esses elementos, a CGU concluiu, segundo aduziu o Órgão de acusação, que foram realizados pagamentos sem a devida conferência/atesto da efetiva realização dos serviços realizados (liquidação das despesas), contrariando o previsto no art. 62 da Lei nº 4320/64.

Desta feita, concluiu o MPF que Aldo Lustosa Da Silva não possuía os documentos públicos que subsidiaram a despesa pública, especificamente os dois pagamentos realizados em 12 de agosto de 2016 e 14 de setembro de 2016, no valor respectivo de R\$ 24.455,62 e R\$ 1.030,00, relativos ao inexistente 2º Boletim de Medição do Lote 02, praticando, assim, por duas vezes, o fato típico previsto no art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei n. 201/67, ao realizar os citados pagamentos sem o devido atesto da efetiva realização dos serviços.

O Órgão do MPF fez menção aos elementos probatórios colacionados no IC 1.24.003.000012/2019-35, constante na Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa nº 0800652-64.2019.4.05.8205 (**ids. nº 4058205.4223836 a 4058205.4246746**), na forma da Resolução do Pleno do TRF da 5ª Região nº 8, de 04/09/2019.

Inicialmente proposta perante a 14ª Vara Federal em Patos/PB, a ação foi encaminhada a este Juízo (**id. nº 4058205.7776378**).

Devidamente notificado, na forma do art. 2º, I, do Decreto-Lei 201/67, o acusado apresentou a defesa **id. nº 4058203.8974095**.

Na ocasião, suscitou a preliminar de inépcia da inicial acusatória, justificando que, apesar de fazer menção aos fatos analisados no processo 0800019-53.2019.4.05.8205, o MPF não se desincumbiu de demonstrar a participação do defendente.

Quanto à temática preliminar, acrescentou o acusado que o MPF não identificou suficientemente a conduta que o ora defendente teria efetivamente concretizado, pois apenas presume que houve desvio de recursos públicos por meio de pagamento por suposto serviço não prestado.

De mais a mais, ventilou o acusado a preliminar de ausência de justa causa, uma vez que, na sua visão, não existem nos autos qualquer indício de autoria e materialidade, bem assim pelo fato de as obras estarem integralmente concluídas.

No mérito, requereu a rejeição da denúncia.

Juntou documentos (**id. nº 4058203.8974096 a 4058203.8974145**).

Intimado, o MPF pugnou pelo indeferimento das preliminares ventiladas e, por fim, pelo regular prosseguimento do feito (**id. nº 4058203.9150749**).

A decisão **id. nº 4058203.9335699**, em seguida, afastou as preliminares suscitadas, bem como recebeu a denúncia ofertada.

Citado, o réu apresentou resposta à acusação (**id. 4058203.9483007**) em que suscitou, preliminarmente, a ausência de justa causa. No mérito, alegou a manifesta atipicidade da conduta com a necessidade de reconhecimento da absolvição sumária. Por fim, postulou, em caso de não absolvição sumária, pela produção de perícia judicial no projeto básico, bem como na obra realizada. Apresentou o rol de testemunhas.

Instado a se manifestar, o *Parquet Federal* requereu a rejeição das preliminares suscitadas pelo réu e o prosseguimento do feito com o início da fase instrutória (**id. 4058203.9582091**). Ademais, requereu o compartilhamento da prova oral produzida no bojo da ação penal nº 0800370-26.2019.4.05.8205, que consiste no depoimento de testemunhas e no interrogatório dos então acusados colhidos na audiência de instrução (link no id. 4496375); e na audiência em continuação (link no id. 5155013).

A decisão **id. nº 4058203.9871396**, após, rejeitou a preliminar ventilada, bem como afastou as hipóteses de absolvição sumária. Para além disso, a decisão indeferiu o pedido de designação de perícia requerida pelo réu e deferiu o pedido de compartilhamento da prova oral produzida no bojo da ação penal nº 0800370-26.2019.4.05.8205. Por fim, o *decisum* designou audiência.

A decisão **id. nº 4058203.10492375** negou o pedido reconsideração formulado pelo réu quanto ao pleito de designação de perícia.

Aberta a audiência (**id. nº 4058203.10594246**), as testemunhas arroladas prestaram os necessários esclarecimentos e o acusado, por fim, foi interrogado.

O réu juntou a documentação repousada no **id. nº 4058203.10596290 a 10596373**.

O Ministério Público Federal – MPF apresentou alegações finais (**id. nº 4058203.10623246**), ocasião em que reiterou o pleito condenatório deduzido na denúncia, aduzindo, desta feita, que o réu praticou, por duas vezes, o fato típico previsto no art. 1º, incisos I e V, do Decreto-Lei. 201/67.

O acusado, por sua vez, em alegações finais (**id. nº 4058203.10621758 e 4058203.10702533**), arguiu a preliminar de cerceamento de defesa, porquanto não lhe fora franqueado o direito de produção de prova pericial. No mérito, aduziu que as provas produzidas no processo rechaçam a pretensão condenatória do MPF, notadamente diante da entrega da documentação à Polícia Federal desde o ano de 2018. Por fim, pugnou pelo indeferimento da *emendatio libelli* proposta pelo MPF.

Eis o relatório. Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – Da preliminar de cerceamento de defesa

De início, observa-se que a defesa técnica do acusado (id. nº 4058203.10621758 e 4058203.10702533) ventilou a preliminar de cerceamento de defesa, argumentando, na ocasião, que não lhe fora franqueado o direito de produção de prova pericial.

Sucede que a questão da designação da perícia requerida pela defesa do acusado foi regularmente apreciada nas decisões id. nº 4058203.9871396 e id. nº 4058203.10492375, de sorte que reitero as razões deduzidas para, oportunamente, rechaçar a alegação de cerceamento de defesa.

Não havendo, assim, outras questões preliminares e/ou prejudiciais, **passo a analisar o mérito da causa.**

2.2 – Da *emendatio libelli*

Inicialmente, vislumbra-se a necessidade de se promover a *Emendatio Libelli* da peça acusatória, consoante, em parte, sugerida pelo MPF na ocasião das alegações finais, para melhor adequação típica do delito imputado ao réu, o que se faz com fundamento no art. 383, do CPP, que consagra a ideia de que o acusado se defende dos fatos que lhe são imputados e não da capitulação legal a eles dada pelo Ministério Público. *In verbis*:

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

Segundo o relato da denúncia, a CGU consignou que a Prefeitura de Imaculada/PB não apresentou os processos de pagamentos relacionados aos contratos celebrados com o desiderato de construir 02 (duas) quadras poliesportivas no padrão estabelecido pelo FNDE, sendo uma na EMEF Miguel Otaviano de Medeiros (sede do Município) e outra na EMEF Maria Pereira dos Santos (Distrito de Palmeira).

Parte dessa documentação, segundo o MPF, somente foi apreendida com ordem judicial, na deflagração da “Operação Recidiva”.

Na ocasião, consoante narrou o MPF, a CGU relatou várias inconsistências nos processos de pagamento, como também mencionou a documentação ausente nos processos de pagamentos (Boletim de Medição nº 02 – Lote 2, dos serviços referentes ao Empenho nº 4190, além de toda a documentação relativa aos Empenhos nº 413/2016 e 721/2016), o que impossibilitou a verificação dos responsáveis pelo atesto e a regularidade do ponto de vista documental dos pagamentos.

Desta feita, o MPF aduziu que acusado Aldo Lustosa Da Silva não possuía os documentos públicos que subsidiaram a despesa pública, especificamente os dois pagamentos realizados em 12 de agosto de 2016 e 14 de setembro de 2016, no valor respectivo de R\$ 24.455,62 e R\$ 1.030,00, relativos ao inexistente 2º Boletim de Medição do Lote 02.

Em virtude do exposto, nos termos da conclusão tomada pelo MPF na peça acusatória, esquema montado em Imaculada/PB, somente pelos crimes cometidos pelo então prefeito, totalizou o desvio, em montante atualizado, de R\$32.977,15.

Em que pesem os fundamentos postos pelo Órgão Ministerial, a análise criteriosa dos fatos apresentados leva a concluir que, sem qualquer modificação no substrato fático, a capitulação mais adequada ao caso em estudo é exatamente o art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67 (por duas vezes), uma vez que, em tese, o agente buscou desviar os valores tratados nos processos de pagamento.

Desse modo, cabe destacar que o magistrado sentenciante, desde que se atenha aos fatos descritos na inicial acusatória, respeitando o princípio da correlação, isto é, a necessária congruência lógica que deve existir entre a acusação fática que lhe foi apresentada e o decidido na sentença, pode (deve) corrigir a classificação delitiva levada a efeito pelo Ministério Público, permitindo-se o julgamento de plano, sem a prévia oitiva das partes, aplicando-se o preceito sancionador da nova tipificação.

Desta feita, rechaça-se a alegação da defesa técnica do acusado no sentido de que descabe proceder, no hodierno, com a *Emendatio Libelli* proposta pelo MPF.

Corroborando o entendimento acima esposado, transcrevo, a seguir, julgado do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DENÚNCIA. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/1993. JUÍZO DE PRELIBAÇÃO. REENQUADRAMENTO DA CONDUTA. ART. 90 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. SIMULAÇÃO DE CERTAME LICITATÓRIO. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL.

PRECEDENTES. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO PELA PENA IN ABSTRATO. RECURSO IMPROVIDO. I. **O julgador não deve ficar adstrito apenas ao que contém a denúncia, valorar como legal o que entender a cada caso concreto e, convencido ser a hipótese de *emendatio libelli*, com a devida fundamentação, entender possível assim julgar, mesmo antes da instrução processual e consequente prolação da sentença.** (...) (TRF5 – RSE 1784 – Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli – Quarta Turma – DJE – Data: 18/04/2013, Página:: 357, Decisão UNÂNIME).”

(Grifos nossos)

Assim, no caso concreto, a conduta imputada ao acusado é hábil a configurar a prática da infração penal contida no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67 (por duas vezes); e não a figura típica do inciso V do mesmo preceito legal, como pretendido pelo Ministério Público Federal na ocasião da denúncia, e, ainda, mantido na ocasião das alegações finais.

Os tipos penais em apreço encontram-se assim redigidos:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

(...)

V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;

Nesse contexto, promovo, em parte, a *emendatio libelli* requerida pelo MPF nas alegações finais, passando à análise dos fatos delituosos atribuídos ao denunciado, à luz do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67 (por duas vezes).

2.3 – Do mérito da ação

Trata-se de ação penal na qual o MPF imputa ao acusado, com base nas alegações deduzidas nas alegações finais e *emendatio libelli* acima apreciada, a conduta delituosa prevista no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67, o qual preceitua que:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

(...)

Embora sejam conhecidos como crimes de responsabilidade, os crimes do art. 1º são crimes comuns, ou seja, infrações de natureza penal, julgadas pelo Poder Judiciário e puníveis com reclusão ou detenção. Não se confundem, portanto, com os crimes de responsabilidade em sentido estrito, objeto do art. 4º, que têm natureza política, ou seja, de infrações político-administrativas e são julgados pelo Poder Legislativo Municipal, puníveis com a perda do mandato ou *impeachment*.

Conforme leciona a doutrina “*sujeito ativo do crime de responsabilidade é o Prefeito ou quem, em virtude de substituição, sucessão, nomeação ou indicação, esteja no exercício das funções de chefe do Executivo Municipal. Os delitos referidos no art. 1º, do DL n.º 201/67 só podem ser cometidos pelo Prefeito, em razão do exercício do cargo ou por quem, temporário ou definitivamente, lhe faça as vezes. Caracterizam, pois, os chamados crimes unissubjetivos e, em se tratando de delitos cujo sujeito ativo é particularizado em lei especial definidora de crimes de responsabilidade, que se dirige especificamente aos Prefeitos, classificam-se também como crimes de “mão própria”, ou seja, aqueles que só podem ser praticados pela pessoa apontada.*”^[1]

Portanto, o denominado crime de responsabilidade possui como sujeito ativo o Prefeito Municipal, sendo, por isso, considerado um crime funcional.

Não obstante, esse tipo penal pode ser praticado, em concurso de agentes (art.29 do Código Penal^[2]), por pessoa que não ostenta a elementar, caso em que aquela condição comunica-se ao coautor ou partícipe, que também responderá pelo crime funcional^[3], haja vista que o delito é crime de mão própria, praticado somente pela pessoa apontada, atuando os demais agentes como partícipes do esquema criminoso. À luz do que preceitua o art. 30 do Código Penal, os tipos penais do art. 1º admitem a coautoria ou participação por parte de outros agentes, caso em que a qualidade de Prefeito, por ser elementar do delito, comunica-se aos demais.

Analisando o inciso I do artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67, denota-se a existência de duas condutas típicas: **apropriar-se**, que quer dizer tornar próprio, fazer seu, apossar-se, tomar para si, passar a agir como dono, o que pode ser revelado por condutas incompatíveis com a condição de possuidor ou detentor, tais como levar a coisa para casa, recusar-se a devolvê-la, aliená-la, consumi-la, etc; e **desviar**, que significa desencaminhar, alterar a direção ou o destino dos bens ou das rendas públicas, dar um destino diverso daquele que deveria ser dado, configurando-se, por exemplo, no caso de pagamento por obra que não foi feita (TRF4, AC 200671130005326, Paulo Afonso, 8ª T., u., 11.7.07). Trata-se, pois, de uma forma específica do crime de peculato (art. 312 do CP), já que é aplicado somente a determinados agentes que detinham condições especiais, à época do fato.

Importante deixar consignado, também, que o término do mandato não impede que o agente seja processado pelos fatos cometidos durante o seu exercício, consoante se verifica da jurisprudência:

Súmula 703 do STF: A extinção do mandato de prefeito não impede a instauração de processo pela prática dos crimes previstos no art. 1º do Decreto-lei 201/1967.

Súmula 164 do STJ: O prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º, do Decreto-Lei nº 201, de 27.2.67.

O elemento objetivo da conduta descrita é claro quando afirma que a apropriação ou o desvio de quaisquer bens ou rendas públicas (vantagem) é dirigido ao Prefeito ou terceiro que obtém a vantagem ilicitamente em detrimento da administração, alternativamente. Por óbvio, o crime não ocorre se o desvio ou a aplicação indevida se dão em proveito da própria Administração Pública, caso em que poderá ocorrer o crime previsto no inciso III do mesmo artigo.

Destaque-se que a objetividade jurídica da norma é a proteção dos bens e rendas públicos, de forma que os mesmos não sejam apropriados ou desviados indevidamente pelo prefeito municipal, em proveito próprio ou alheio, quando presente o elemento subjetivo dolo, ainda que eventual.

O crime em tela somente prevê a modalidade dolosa, ou seja, é necessário que o órgão acusador comprove que houve vontade livre e consciente de se apropriar ou desviar, aliado ao ânimo de apropriação ou favorecimento de terceiro.

Desse modo, para a caracterização do delito em questão são indispensáveis: **a)** apropriação ou desvio de bens ou rendas pública; **b)** proveito do prefeito ou de terceiro(s); **c)** dolo especial.

Ademais, registre-se que o Superior Tribunal de Justiça admite a coautoria e a participação de terceiros nos crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores, previstos no Decreto-Lei 201/67. (HC 200500563894, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, Sexta Turma, DJe 29/06/2009).

Importa, ainda, citar julgamento do Supremo Tribunal Federal, o qual já dissipou, em entendimento sumulado, a recepção do Decreto-Lei n.º 201/67 pela Constituição Federal de 1988^[4], afinal, ele entendeu que é válida a criação de tipo penal por Decreto-Lei, devendo ser apreciado o aspecto formal de acordo com a regra constitucional então vigente.

Posta em destaque a figura típica, resta avaliar se o fato e a conduta do acusado se subsumem ao tipo penal incriminador.

2.3.1 – Da materialidade

A propósito da **materialidade** do delito, destaco que, nos autos do processo nº 0800370-26.2019.4.05.8205, ao apreciar a documentação constante do IC n.º 1.24.003.000012/2019-35 (cujos escritos foram acostados à denúncia dos presentes autos, na forma do despacho **id. nº 4058203.8634952 – Improbidade Administrativa nº 0800652-64.2019.4.05.8205 – id. nº 4058205.4223836 a 4058205.4246746**), a sentença prolatada no **id. nº 4058203.9037819** constatou o seguinte (item '2.3.2.1'):

Na hipótese em tela, **a materialidade delitiva restou devidamente comprovada** por meio dos documentos acostados ao Procedimento Investigatório Criminal n.º 1.24.003.000012/2019-35, em especial do relatório da CGU de fls. 11/59 e dos dados obtidos nos processos n.º 0805804-30.2018.4.05.8205 (fls. 1023/1052), n.º 0800087-37.2018.4.05.8205 (fls. 870/1022) e n.º 0805202-39.2018.4.05.8205 (fls. 1417/1458).

Tem-se que o funcionamento do chamado “Esquema Millenium”, empreitada criminosa desenvolvida por DINEUDES POSSIDÔNIO, MADSON LUSTOSA, CHARLES WILLAMES, ASSIS CATANDUBA e outros para fraudar licitações e desviar recursos públicos por meio da estrutura empresarial da Construtora Millenium, foi desvendado no processo n.º 0800019-53.2019.4.05.8205.

Em relação ao presente feito, o órgão acusador relatou que, além da fraude à Tomada de Preços n.º 03/2014 acima demonstrada, foram desviados recursos das obras referentes à construção de duas quadras poliesportivas em Imaculada/PB, objetos da referida licitação, por meio da associação entre DINEUDES POSSIDÔNIO DE MELO, MADSON FERNANDES LUSTOSA e FRANCISCO DE ASSIS FERREIRA TAVARES (vulgo “ASSIS CATANDUBA”), vereador do Município de Teixeira/PB, com o auxílio de CHARLES WILLAMES MARQUES DE MORAIS, do engenheiro da empresa Millenium, ÉMERSON LEVINGSTON GADELHA MEDEIROS, do Secretário de Obras de Imaculada, JOSÉ SERAFIM SOBRINHO (vulgo “DOCA”), e dos engenheiros fiscais do município, MÍLTON BARBOSA DE FREITAS e DINART MOREIRA E SANTOS.

Os autos revelam que, **apesar de terem sido liberados R\$ 509.712,48 para a construção das duas quadras, o que corresponde a 50% do total previsto para o repasse de recursos federais (R\$ 1.019.424,96), constatou-se, segundo o relatório preliminar da CGU (fl. 27), que as obras apresentavam situação crítica, com a estrutura metálica executada em desconformidade com o projeto, inclusive com graves vícios construtivos a comprometer a sua segurança e durabilidade, ocasionando a perda total dos serviços executados e alto grau de superfaturamento.**

No relatório da CGU de fls. 1364/1373, consignou a existência de inconsistências nos processos de pagamento que indicam que **foram realizados pagamentos sem a devida conferência/atesto da efetiva realização dos serviços realizados.** Dentre as inconsistências, destacam-se:

i) a ausência do Boletim de Medição n.º 02 - Lote 2, dos serviços referentes ao Empenho n.º 4190 e da documentação relativa aos Empenhos n.º 413/2016 e 721/2016, o que impossibilitou a verificação dos responsáveis pelo atesto e a regularidade do ponto de vista documental dos pagamentos.

ii) a Nota Fiscal n.º 047 (Empenho n.º 4190), no valor de R\$ 25.485,62, informa que se trata do Lote 2, porém, é omissa quanto ao número da medição, faltando o respectivo Boletim de Medição; a Nota Fiscal, no campo “DISCRIMINAÇÃO DO SERVIÇO”, deixa em branco o espaço destinado à citação de qual medição se refere; o recibo emitido pela Construtora Millenium, assinado por DINEUDES POSSIDÔNIO, não especifica a qual medição se refere o valor pago, gerando dúvidas se a planilha dos serviços executados foi efetivamente elaborada; mesmo sem atesto na Nota Fiscal n.º 047 e sem constar o respectivo Boletim de Medição, os pagamentos foram realizados pela Prefeitura.

iii) a Nota Fiscal n.º 009, referente ao Boletim de Medição n.º 01 - Lote 1, no valor de R\$ 76.125,22, erroneamente se refere à Tomada de Preços n.º 001/2014; quanto ao citado Boletim de Medição, relativo ao período de execução de 19/12/2014 a 13/05/2015, observou-se que corresponde a mais da metade do período previsto para execução total dos serviços (total de 9 meses), sem que conste, no processo, qualquer notificação à empresa pelo atraso na execução dos serviços; esse Boletim de Medição está rubricado pelo Prefeito de Imaculada, por MILTON BARBOSA, DINEUDES POSSIDÔNIO e EMERSON LEVINGSTON.

iv) nas cópias dos processos de pagamento relativos os Empenhos n.º 4594 e n.º 4593, constam os Boletins de Medição de n.º 03, Lote 1 e 2, em cujos campos destinados ao Responsável Técnico da Construtora Millenium, EMERSON LEVINGSTON, há uma rubrica diferente daquela constante do Boletim de Medição n.º 01 - Lote 1, não se identificando o responsável pela assinatura.

v) nos processos de pagamentos referentes aos empenhos n.º 4593 e n.º 4594, não consta a participação do Engenheiro Fiscal da Prefeitura no atesto dos serviços, seja nas Notas Fiscais

apresentadas pela empresa ou nos Boletins de Medição; o mesmo ocorre no processo referente ao empenho nº 4190, no qual, como já mencionado, não consta o Boletim de Medição.

Ao analisar a execução física da obra, foram constatadas as seguintes irregularidades, conforme o relatório da CGU de fls. 11/59:

a) Redução da área dos pilares

Segundo o relatório da CGU, mediante a inspeção física nas duas quadras, constatou-se que os 14 pilares de concreto, onde são apoiadas as vigas treliçadas, foram executados em desacordo com o projeto estrutural do FNDE.

Da análise do conjunto probatório, em especial do mencionado relatório, da planilha orçamentária das quadras constante no processo de licitação e dos projetos padrão FNDE para quadra, é possível concluir que os pilares foram executados em desacordo com as especificações, o que, além de outras consequências, configura dano aos cofres públicos.

Extraí-se dos autos que o projeto do FNDE previa a execução de pilares com 0,6m de base, 1,70m de topo e 4,139m de altura (3,14m), porém as medidas encontradas pela equipe de fiscalização da CGU apontaram o seguinte: 0,80m de base, 1,33m de topo e 3,92m de altura (3,10m), o que corresponde a uma redução de área dos pilares de 14,20% e, conseqüentemente, redução do volume de concreto, área de formas e seção da ferragem. Tal redução implica dano ao erário no montante de R\$ 3.663,09, por quadra, totalizando R\$ 7.326,18.

b) Execução de área de projeção de cobertura inferior ao previsto em projeto

Segundo o relatório da CGU, por meio da inspeção física nas duas quadras, verificou-se que a área de projeção da cobertura foi executada em dimensões inferiores às previstas no projeto.

Tal constatação restou demonstrada através do mencionado relatório, da planilha orçamentária das quadras constante no processo de licitação e dos projetos padrão FNDE.

As dimensões previstas nos projetos eram de 38x25,80m, porém as medições realizadas pela equipe de fiscalização da CGU apontam para medidas de 37,74x23,37, o que resulta numa área de projeção de coberta de 881,98m², enquanto que o projeto previa uma área de projeção de 980,40m², o que corresponde a uma redução de aproximadamente 10%. Tal redução implica dano ao erário no montante de R\$ 14.488,37 por quadra, totalizando R\$ 28.976,74.

c) Redução da área do piso

Segundo o relatório da CGU, mediante a inspeção física nas duas quadras, constatou-se que a área destinada a execução do piso da quadra foi executada com dimensões inferiores ao previsto no projeto estrutural do FNDE.

Tal constatação restou demonstrada através do mencionado relatório, da planilha orçamentária das quadras constante no processo de licitação e dos projetos padrão FNDE.

As dimensões previstas no projeto eram de 32,40x18,80m, porém as medições realizadas pela equipe de fiscalização da CGU apontam para 32,40x17,95m (fl. 36), o que permitiu a ocorrência de superfaturamento no valor de R\$ 1.306,55 por quadra, totalizando R\$ 2.613,10.

d) Desvio de recursos por inclusão na proposta de preço quantia relativa a encargos sociais não recolhidos

Na espécie, observa-se que, em sua proposta de preços, no montante de R\$ 509.711,63, a Construtora Millenium incluiu as despesas com encargos sociais da mão de obra contratada, mas não comprovou que tais obrigações tenham sido adimplidas.

Com efeito, do exame dos elementos dos autos, é possível concluir que a Construtora Millenium embutiu em sua proposta de preços os encargos sociais, mas não realizou as despesas correspondentes, mesmo após ser paga pela Prefeitura.

Contudo, a meu ver, isso não importa em prejuízo aos cofres públicos no âmbito da obra pública.

Sabe-se que os encargos sociais devem ser agregados ao custo da mão de obra, a fim de contemplar obrigações diversas do empregador, como férias remuneradas, 13º salário, FGTS e contribuição patronal para o INSS.

Assim sendo, a empresa contratada que executa a obra pública deve receber os valores relacionados aos encargos sociais na sua proposta de preços.

Posteriormente, caso se verifique que as obrigações referentes aos encargos sociais não foram adimplidas, a responsabilidade recai sobre empregador, que deverá responder na seara trabalhista, não havendo que ser considerado o montante pago a este título como dano ao erário.

Mesmo para os tributos englobados pelos encargos sociais, não se deve falar, na execução da obra, em prejuízo ao erário. Ressalta-se, por oportuno, que, se aquelas exações não foram entregues ao Fisco, é adequado falar em dano, mas em momento posterior, pelo inadimplemento da obrigação tributária. Deve, então, a autoridade fazendária realizar o lançamento e, se entender configurado algum crime tributário, formular a representação prevista no art. 83 da Lei n.º 9.430/96.

No presente caso, entendo que não há comprovação de crime tributário, em especial por força da Súmula Vinculante STF 24.

Registre-se, por fim, que este foi o entendimento adotado pelo Eg. TRF da 5ª Região no julgamento da Apelação Criminal n.º 0800136-44.2019.4.05.8205 (DESEMBARGADOR FEDERAL JOSE BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO NETO (CONVOCADO), 1ª TURMA, JULGAMENTO: 09/09/2021).

e) Execução da cobertura da quadra em desacordo com o projeto

Na hipótese dos autos, é possível observar que os serviços materialmente mais relevantes se referiam à execução da cobertura da quadra (item 6.1 – Estrutura de aço em arco vão de 30m, no valor de R\$ 103.691,12, e item 6.2 – Telha metálica em chapa galvanizada e=0.5mm, no valor de R\$ 40.638,72), que juntos somam R\$ 144.329,84 e representam 28,32% do valor total das obras.

Contudo, a CGU constatou que a Construtora Millenium executou a cobertura das quadras completamente em desobediência aos projetos disponibilizados pelo FNDE, tendo sido empregadas peças metálicas com comprimentos e espessuras divergentes das especificadas nos projetos para os perfis e para as telhas metálicas (fls. 46/50), conforme comprovam as fotografias ilustrativas.

Segundo levantamento in loco das dimensões dos perfis e das telhas utilizados na estrutura da quadra de Imaculada/PB, verificou-se que o total de aço utilizado na cobertura foi inferior ao previsto em projeto.

Apesar disso, a Prefeitura de Imaculada/PB não disponibilizou os projetos executivos da estrutura construída, nem as memórias de cálculo ou as respectivas Anotações de Responsabilidade Técnica (ART) dos engenheiros responsáveis pelos projetos definitivos, tampouco apresentou justificativas em função das modificações efetuadas no projeto aprovado pelo FNDE.

A empresa Millenium, por sua vez, prestou informações reconhecendo a inconformidade da execução.

f) Ausência de medidas por parte da Prefeitura para sanar as inconsistências apontadas pela fiscalização do FNDE

Conforme consta no relatório da CGU, a Prefeitura Municipal de Imaculada/PB foi notificada para tomar providências a respeito das diversas restrições registradas no SIMEC (Sistema Integrado de Monitoramento Execução e Controle), em virtude das irregularidades constatadas nas inspeções físicas realizadas pelo órgão concedente nas obras das quadras poliesportivas.

Contudo, na ocasião da elaboração do referido relatório, após o decurso de prazo superior a 2 (dois) anos, a CGU havia verificado que as irregularidades apontadas ainda não haviam sido sanadas, o que indica que os serviços foram executados em desarmonia com as especificações.

Ainda segundo o relatório, ao ser requisitada formalmente para apresentar esclarecimentos, no período de campo da fiscalização, por meio da Solicitação n.º 201801113/001, reiterada pela SF n.º 201801113/003, a Prefeitura de Imaculada/PB não apresentou justificativas.

Da associação entre os denunciados

A respeito da associação entre os denunciados, conforme revela o conjunto probatório, as obras foram executadas por ASSIS CATANDUBA, usando a estrutura documental da Construtora Millenium, havendo ajuste dos boletins de medição de acordo com a conveniência dos agentes, para evitar qualquer bloqueio de verbas do FNDE, de modo que foram efetuados pagamentos sem a devida conferência da efetiva realização dos serviços prestados.

Segundo o MPF, consoante representação contida no IC n.º 1.24.004.000094.2015-84 da Procuradoria da República em Monteiro (fl. 829/832; id. 4058205.3749750), desde 2015 já se tinha notícia de que a Construtora Millenium não executava as obras em Imaculada/PB, que estavam a cargo de ASSIS CATANDUBA.

Registre-se que a CGU constatou a paralisação das obras, quando da visita da equipe de fiscalização ocorrida em 02/08/2018, tendo os fiscais da CGU sido informados pelo Secretário de Obras, JOSÉ SERAFIM SOBRINHO, que quem executava as obras era ASSIS CATANDUBA (fl. 27).

A propósito, cumpre destacar que, na busca e apreensão da “Operação Recidiva” (processo n.º 0805804-30.2018.4.05.8205), o smartphone de DINEUDES POSSIDÔNIO foi apreendido e, em 02/08/2018, consta conversa, via aplicativo WhatsApp, com JOSÉ SERAFIM SOBRINHO, Secretário de Obras de Imaculada, em que DINEUDES tenta acalmar “DOCA”, que estava recebendo a CGU na obra, orientando-o a que “comente pouco, né? Fale pouco para eles, deixe eles..., só responda o que eles perguntarem” (fl. 1047).

Muito embora os denunciados DINEUDES POSSIDÔNIO e ASSIS CATANDUBA tenham tentado dar ares de regularidade à parceria sob a aparência de mera subcontratação, tal não merece prosperar tendo em vista que a suposta subcontratação não foi formalizada ou tampouco aprovada pelo município.

Importa frisar que os dados telemáticos obtidos com autorização judicial no processo n.º 0800087-37.2018.4.05.8205, no qual foi realizada a quebra do sigilo na conta de e-mail da Millenium (construtoramilleniumltda@gmail.com), evidenciam que a obra estava sendo executada por ASSIS CATANDUBA e que a realização dos ajustes nos boletins de medição se dava conforme a conveniência dos agentes (fl. 1387 e ss.), merecendo destaque o teor do seguinte e-mail encaminhado por MILTON BARBOSA DE FREITAS a CHARLES WILLAMES em 04/10/2015:

“Charles. Segue relatório do Engenheiro do FNDE para sua análise. Os questionamentos feitos por ele mostre a Assis. Já fiz a vistoria, colocando as correções feitas, vamos aguardar o posicionamento do FNDE. O percentual de execução dele ficou em 26,77 %, ajustei o meu percentual executado pra ficar o mais próximo possível do dele, para tentar evitar algum bloqueio de verbas. Peça para Assis agilizar na execução dos serviços para equiparar os percentuais.”

Demais disso, a interceptação telefônica (processo n.º 0805202-39.2018.4.05.8205) trouxe à tona o diálogo entre DINEUDES POSSIDÔNIO e um auditor da CGU, ocorrido após a fiscalização in loco da CGU (fl. 1451 e ss., id. 3754726), no qual DINEUDES POSSIDÔNIO revela que subcontratou verbalmente a obra a Neguinho, de Teixeira/PB, quanto às coberturas metálicas, e que tais estruturas não possuem ARTs; e que o fiscal da prefeitura responsável pela obra nunca o questionou a respeito de qualquer irregularidade.

Realça-se que vários documentos das obras em Imaculada/PB foram encontrados na residência de ASSIS CATANDUBA, quando da deflagração da “Operação Recidiva”, em 22/11/2018, conforme consta no relatório da CGU de fl. 740 e ss, o que corrobora que as referidas obras eram realizadas por ele. Dentre os documentos, havia cópias de boletins de medição, plantas de projetos no padrão do FNDE e o ofício no qual a CGU solicita a DINEUDES POSSIDÔNIO informações sobre a execução das obras de construção de quadras escolares.

Dentre as cópias dos boletins de medição encontradas com ASSIS CATANDUBA, destaca-se a relacionada ao boletim n.º 02 – Lote 01 do contrato n.º 29/2014, em que consta um valor total de R\$ 121.732,63, estando assinada pelo Prefeito de Imaculada, pelo engenheiro fiscal MÍLTON BARBOSA, por DINEUDES POSSIDÔNIO e por ÊMERSON LEVINGTON.

Contudo, no Processo de Pagamento referente ao empenho n.º 3612, de 24/09/2015, apreendido pela CGU, consta outro boletim de medição n.º 02 – Lote 01, igualmente assinado pelos

mesmos agentes citados anteriormente, com um valor total de R\$ 35.543,19, constando diferenças de valores e serviços executados entre os dois documentos no que se refere a vários itens.

Confrontando os dados do boletim de medição com o extrato bancário da conta corrente em nome da Prefeitura de Imaculada/PB na qual foram creditados os repasses do FNDE (fl. 759), é possível concluir que as medições eram produzidas de acordo com o remanescente financeiro em conta, não representando a realidade dos serviços efetivamente executados.

Da análise bancária dos recursos públicos pagos

Para além disso, a análise bancária dos dados obtidos por meio de decisão judicial no processo n.º 0800087-37.2018.4.05.8205 (fl. 870/1022), possibilitou revelar a movimentação financeira referente aos recursos públicos recebidos pela Construtora Millenium e o destino de parte deles, conforme esquematizado na tabela apresentada na denúncia.

Pagamento	Data do pagamento	Conta de pagamento	Valor do pagamento	Destino dos recursos
1º (fl. 220)	14/05/15	CC n. 605760, Ag. 151, BB	R\$ 55.448,03	<p>Os dois primeiros pagamentos foram realizados no mesmo dia e a soma de ambos os recursos (R\$ 250.000,00) foi sacada por DINEUDES POSSIDÔNIO com cartão na mesma data.</p> <p>A partir dos dados encaminhados pelo Banco do Brasil (fl. 933/943), em seguida ao saque, DINEUDES POSSIDÔNIO efetuou as seguintes operações:</p> <p>a) depósito de R\$ 50.000,00 na conta 17.669-9, Ag. 1156-8, titularizada por Josefa Machado da Costa.</p> <p>Esta pessoa foi identificada pelo técnico de transportes do MPF como a esposa de Gedeão, casal que vendeu ASSIS CATANDUBA o imóvel onde ele atualmente reside e foram embora para Brasília, DF (fl. 1141/1142);</p> <p>b) depósito de R\$ 11.000,00 na conta</p>

poupança n. 510022654-0, Ag. 1156-8, titularizada por Flávia Lira de Lima Almeida.

Essa pessoa emprestou sua conta bancária ao irmão (José Luciano Lira de Lima, "Beyn"), comerciante de carro e motos em Teixeira, para receber o dinheiro de uma venda de um veículo Fox, 2011/2012, vermelho, placa OEV 4199, a ASSIS CATANDUVA.

c) depósito de R\$ 11.000,00 na conta poupança n. 510048980-0, Ag. 0151-1, titularizada por Severino Clementino da Silva Júnior (CPF n. 07477117470). Este emprestou a conta para transação do pai (Severino Clementino da Silva) com ASSIS CATANDUBA, relativo à venda de um Siena, 2010, branco, placa de Piancó/PB, por R\$ 22.000,00, em duas parcelas de R\$ 11.000,00, a ASSIS CATANDUBA.

d) depósito de R\$ 10.000,00 na conta poupança n. 510006807-4, Ag. 1156-8, titularizada por Adenilda da Silva Costa (CPF n. 76859738472). Esta pessoa é esposa de Raimundo Oliveira da Costa, que tem uma serralheria em Teixeira e forneceu para ASSIS CATANDUBA as portas de ferro da escola em Teixeira

				<p>e as portas e portões das quadras em Imaculada. Segundo ele, não conhece DINEUDES, MADSON ou a Millenium, e os pedidos foram feitos por ASSIS CATANDUBA que depois ligou para confirmar se ele recebeu o depósito.</p> <p>e) depósito de R\$ 20.000,00 na conta corrente n. 18494-2, Ag. 1156-8, titularizada por Hozana Batista Ferreira, esposa de ASSIS CATANDUBA.</p> <p>Em seguida, DINEUDES POSSIDÔNIO saiu do banco com R\$ 148.000,00 em espécie.</p>
2º (fl. 220)	14/05/15	CC n. 605760, Ag. 151, BB	R\$ 197.448,51	Vide informações acima
3º (fl. 221)	25/09/15	CC n. 605760, Ag. 151, BB	R\$ 16.300,00	<p>Os pagamentos 3 e 4 deste convênio foram realizados na mesma data de um pagamento da Prefeitura de São Sebastião da Lagoa de Roça (R\$ 72.593,07), de modo que os recursos foram misturados e totalizaram R\$ 123.281,11, tendo os seguintes destinos:</p> <p>a) saque com cartão de R\$ 77.000,00 em 25/09/15. A partir das informações prestadas pelo Banco do Brasil (fl. 933/943),</p>

				<p>DINEUDES POSSIDÔNIO retirou do banco o valor em espécie;</p> <p>b) transferência de R\$ 10.000,00 para MADSON FERNANDES LUSTOSA em 25/09/15, parceiro do esquema criminoso;</p> <p>c) transferência de R\$ 30.000,00 para Serafim Pereira de Souza Filho, em 25/09/15. Esta afirmou que se tratava da parcela de um imóvel vendido a ASSIS CATANDUBA;</p> <p>d) transferência de R\$ 5.500,00 para a conta-corrente n. 18494-2, Ag. 1156-8, titularizada por Hozana Batista Ferreira, esposa de ASSIS CATANDUBA.</p>
4º (fl. 221)	25/09/15	CC n. 605760, Ag. 151, BB	R\$ 34.388,04	Vide informações acima
5º (fl. 223)	22/01/16	CC n. 605760, Ag. 151, BB	R\$ 50.971,25	<p>Os recursos tiveram os seguintes destinos:</p> <p>a) transferência de R\$ 4.000,00 para Aulus Ferreira Arruda, em 22/01/16, que não soube dizer a origem do pagamento (fl. 1264).</p> <p>b) transferência de R\$ 10.000,00 para Serafim Pereira de Souza Filho, em 22/01/16, que disse se tratar de parcela de um imóvel vendido a ASSIS CATANDUBA;</p>

c) transferência de R\$ 6.000,00 para Francisco Eudes Gomes da Silva ("Sorin do Calçamento"), em 22/01/16, referente a trabalho no calçamento em Teixeira/PB para ASSIS CATANDUBA e DINEUDES.

d) transferência de R\$ 3.255,00 para José Soares Tavares, em 22/01/16. Este é sobrinho de ASSIS CATANDUBA e disse que esse dinheiro foi de uma terceirização de mão de obra" para uma obra da Millenium no CIE de Quixeramubim/CE, da qual era encarregado.

e) transferência de R\$ 10.000,00 para Marlene Oliveira Bernardino do Nascimento, em 22/01/16. Disse que os 10 mil foram o pagamento de um empréstimo feito por seu esposo (João Batista do Nascimento, dono de uma loja de peças de motos em Teixeira/PB) a ASSIS CATANDUBA.

f) transferência de R\$ 10.000,00 para Serafim Pereira de Souza Filho, em 22/01/16. Esta afirmou que se tratava da parcela de um imóvel vendido a ASSIS CATANDUBA;

g) transferência de R\$ 4.125,00 para

				<p><i>Luciano Guedes Marçal, em 22/01/16. Este era dono de loja de material de construção que, na época, tinha uma “parceria” com o ASSIS CATANDUBA para venda de material de construção (cimento e brita), sem nota fiscal. Esse valor depositado foi pagamento desse material.</i></p>
6º (fl. 224)	19/02/16	CC n. 321106, Ag. 67, Banco do Nordeste	R\$ 25.485,62	<p><i>O valor de R\$ 22.000,00 foi sacado na mesma data com cartão em caixa. De acordo com as informações enviadas pelo Banco do Nordeste (fl. 944/1022), o saque não foi seguido por outras operações bancárias, indicando que o valor foi retirado do banco em espécie.</i></p>
7º (fl. 225)	12/08/16	CC n. 321106, Ag. 67, Banco do Nordeste	R\$ 24.455,62	<p><i>O valor de R\$ 20.000,00 foi sacado na mesma data com cartão em caixa. De acordo com as informações enviadas pelo Banco do Nordeste (fl. 944/1022), o saque não foi seguido por outras operações bancárias, indicando que o valor foi retirado do banco em espécie.</i></p>
8º (fl. 225)	14/09/16	CC n. 321106, Ag. 67, Banco do Nordeste	R\$ 1.030,00	<p><i>Nenhuma atividade anormal, incorporou-se à movimentação financeira da conta.</i></p>

9º (fl. 226)	22/09/16	CC n. 321106, Ag. 67, Banco do Nordeste	R\$ 50.971,18	
10º (fl. 227)	22/09/16	CC n. 321106, Ag. 67, Banco do Nordeste	R\$ 9.028,82	Vide informações acima
11º (fl. 227)	23/09/16	CC n. 321106, Ag. 67, Banco do Nordeste	R\$ 49.951,75	Vide informações acima
12º (fl. 227)	23/09/16	CC n. 321106, Ag. 67, Banco do Nordeste	R\$ 11.000,00	Vide informações acima
13º (fl. 227)	23/11/16	CC n. 321106, Ag. 67, Banco do Nordeste	R\$ 3.027,77	Os recursos tiveram os seguintes destinos: a) transferência de R\$ 1.000,00 para Josenildo Rodrigues, em 24/11/16. Este valor é relativo ao pagamento do aluguel da sede da empresa Millenium na Rua Augusto dos Anjos (a empresa pagou até maio de 2018). b) pagamento de um título no valor de R\$ 1.374,83 em 24/11/16.

Extrai-se das informações constantes na tabela, corroboradas através do cotejo com os elementos probatórios do IC n.º 1.24.003.000012.2019-35, que a maior parte dos recursos se reverteu em favor de DINEUDES POSSIDÔNIOS e ASSIS CATANDUBA.

Feitas essas considerações, não há dúvidas de que houve desvio de recursos públicos federais destinados ao Município de Imaculada/PB na execução das quadras poliesportivas. Para tanto, os seis boletins de medição foram ajustados conforme a conveniência dos agentes a fim de possibilitar pagamentos indevidos.

Logo, da análise de tais elementos, demonstra-se a materialidade delitiva, com a presença dos elementos do tipo penal descrito no art. 312 do Código Penal.

Confirmada a materialidade, passo a analisar a autoria do delito.

Desta feita, os fatos apontados na ação penal correlata (processo nº 0800370-26.2019.4.05.8205) robustecem a constatação de que houve o indevido desvio de verbas públicas federais, notadamente, no interesse da controvérsia dos autos, no que diz respeito à "ausência do Boletim de Medição n.º 02 - Lote 2, dos serviços referentes ao Empenho n.º 4190 e da documentação relativa aos Empenhos n.º 413/2016 e 721/2016, o que impossibilitou a verificação dos responsáveis pelo atesto e a regularidade do ponto de vista documental dos pagamentos".

E não se diga, pontue-se, que a documentação supostamente ofertada à Polícia Federal em 27/11/2018, por intermédio do Ofício nº 236/2018SEFIN, da Secretaria de Finanças de Imaculada/PB (id. nº **4058203.10596373**), tem o condão de rechaçar a versão constatada pelo Órgão de Controle da União. Com efeito, os elementos probatórios produzidos na "Operação Recidiva" permitem concluir, reiterar-se, que as

medições eram produzidas de acordo com o remanescente financeiro em conta, não representando a realidade dos serviços efetivamente executados, de sorte a infirmar a veracidade das informações prestadas perante a PF.

Chamo a atenção, nesse ponto, não só para o e-mail encaminhado por MILTON BARBOSA DE FREITAS a CHARLES WILLAMES em 04/10/2015, obtido com autorização judicial no processo n.º 0800087-37.2018.4.05.8205, consoante acima destacado, como também para a apreensão de vários documentos das obras em Imaculada/PB na residência de ASSIS CATANDUBA, quando da deflagração da “Operação Recidiva”, em 22/11/2018, tais como cópias de boletins de medição, plantas de projetos no padrão do FNDE e o ofício no qual a CGU solicita a DINEUDES POSSIDÔNIO informações sobre a execução das obras de construção de quadras escolares.

Assim, da análise de tais elementos, demonstra-se a materialidade delitiva, com a presença dos elementos do tipo penal descrito no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67 (por duas vezes), diante do desvio de verbas públicas federais, em proveito da empresa *millenium*, em face da ausência do Boletim de Medição n.º 02 - Lote 2, dos serviços referentes ao Empenho n.º 4190 e da documentação relativa aos Empenhos n.º 413/2016 e 721/2016.

Confirmada a materialidade, passa-se a analisar a autoria do delito.

2.3.2 – Da autoria

Quanto à **autoria**, precipuamente, é importante registrar que, em crime da natureza do que se imputa ao acusado, tendo como objetivo o desvio de verbas públicas, a autoria e o dolo são evidenciados, muitas vezes, por meio de provas indiretas, justamente, como acontece no caso dos autos.

Observe-se que o fala o Código de Processo Penal:

Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Roxin conceitua indícios como: “*atos que permitem uma conclusão diretamente sobre um fato principal. Assim, por exemplo, o fato de o suspeito de homicídio ter proferido, antes do óbito de X, ameaças de morte diretamente contra ele, ou depois do fato ter removido de suas calças marcas de sangue, ou que o suspeito de fraude contra o seguro tenha adquirido gasolina e elevado o valor do seguro*” (ROXIN, Claus. Strafrechtsverfahrensrecht: ein Studienbuch. 24. Auflage. München: Beck, 1995, p. 161).

Tourinho Filho, após socorrer-se das definições de Mittermayer e Manzini, ressalta que “*o indício é, também, um meio de prova, e tanto o é, que o legislador o encartou no capítulo pertinente às provas, e, por isso mesmo, seu valor probatório é semelhante às chamadas provas diretas*” (In: Processo Penal, vol. III. 18a Edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 348).

No horizonte de projeção do princípio do livre convencimento judicial motivado ou da persuasão racional – que abdica de provas tarifadas, com valor pré-determinado pelo legislador –, adotado pela legislação brasileira, os indícios constituem meio de prova tão válido quanto quaisquer outros – confissão, testemunho, perícia (ou laudos), etc –, sem que se possa estabelecer *a priori* entre uns e outros algum tipo de hierarquia, como já decidiu o STF[1].

A partir dos elementos supracitados, no tocante à conduta do acusado Aldo Lustosa da Silva, depreende-se que o desvio das verbas públicas federais, em proveito da empresa *millenium*, em face da ausência do Boletim de Medição n.º 02 - Lote 2, dos serviços referentes ao Empenho n.º 4190 e da documentação relativa aos Empenhos n.º 413/2016 e 721/2016, sucedeu pela aquiescência do réu, que viabilizou a liberação da quantia sem a documentação correlata.

Da análise do manancial probatório, não se mostra crível que o gestor desconhecesse as fraudes já mencionadas anteriormente (no tópico da materialidade), uma vez estando diante do seguinte contexto:

As obras não eram conduzidas pela empresa *millenium*, mas, em rigor, por Assis Catanduba, então Vereador do Município de Teixeira/PB, versão constatada, inclusive, pelos fiscais da CGU em conversa com o Secretário de Obras, José Serafim Sobrinho (fl. 27 do IC n.º 1.24.003.000012/2019-35);

Dados telemáticos obtidos com autorização judicial no processo n.º 0800087-37.2018.4.05.8205, no qual foi realizada a quebra do sigilo na conta de e-mail da *Millenium* (construtoramilleniumltda@gmail.com), evidenciam que a obra estava sendo executada por ASSIS CATANDUBA e que a realização dos ajustes nos boletins de medição se dava conforme a conveniência dos agentes (fl. 1387 e ss.), merecendo destaque o teor do seguinte e-mail encaminhado por MILTON BARBOSA DE FREITAS a CHARLES WILLAMES em

04/10/2015: “Charles. Segue relatório do Engenheiro do FNDE para sua análise. Os questionamentos feitos por ele mostre a Assis. Já fiz a vistoria, colocando as correções feitas, vamos aguardar o posicionamento do FNDE. O percentual de execução dele ficou em 26,77 %, ajustei o meu percentual executado pra ficar o mais próximo possível do dele, para tentar evitar algum bloqueio de verbas. Peça para Assis agilizar na execução dos serviços para equiparar os percentuais.”;

Existência de vários documentos das obras em Imaculada/PB foram encontrados na residência de ASSIS CATANDUBA, quando da deflagração da “Operação Recidiva”, em 22/11/2018, conforme consta no relatório da CGU de fl. 740 e ss, o que corrobora que as referidas obras eram realizadas por ele. Dentre os documentos, havia cópias de boletins de medição, plantas de projetos no padrão do FNDE e o ofício no qual a CGU solicita a DINEUDES POSSIDÔNIO informações sobre a execução das obras de construção de quadras escolares;

Dentre as cópias dos boletins de medição encontradas com ASSIS CATANDUBA, destaca-se a relacionada ao boletim n.º 02 – Lote 01 do contrato n.º 29/2014, em que consta um valor total de R\$ 121.732,63, **ESTANDO ASSINADA PELO PREFEITO DE IMACULADA**, pelo engenheiro fiscal MÍLTON BARBOSA, por DINEUDES POSSIDÔNIO e por ÉMERSON LEVINGTON. Contudo, no Processo de Pagamento referente ao empenho n.º 3612, de 24/09/2015, apreendido pela CGU, consta outro boletim de medição n.º 02 – Lote 01, igualmente assinado pelos mesmos agentes citados anteriormente, com um valor total de R\$ 35.543,19, constando diferenças de valores e serviços executados entre os dois documentos no que se refere a vários itens.

Com efeito, forçoso concluir que o pagamento do Boletim de Medição n.º 02 - Lote 2, materializados em 12 de agosto de 2016 e 14 de setembro de 2016, no valor respectivo de R\$ 24.455,62 e R\$ 1.030,00, consoante quadro acima realçado, contou com a colaboração do acusado Aldo Lustosa da Silva, daí evidenciando **o dolo específico** de desviar as verbas públicas federais em favor da empresa *Millenium*, uma vez que agiu ciente das irregularidades clarívidentes.

Em Juízo, foram prestadas as seguintes versões (**id. nº 4058203.10594246**):

Franco Aldo Bezerra (testemunha): Era Vereador durante a gestão de Aldo Lustosa no Município de Imaculada/PB; Não tomou conhecimento de qualquer denúncia acerca da construção das quadras; Fiscalizou pessoalmente as obras; Lembra que a empresa de Dineudos quem executava as obras; Todas as contas de Aldo Lustosa foram aprovadas, inclusive pelo Tribunal de Contas; Não sabe de qualquer benefício de Aldo Lustosa em face das obras; Ficou surpreso com a operação deflagrada.

José Jackson de Brito (testemunha): Durante a gestão de Aldo Lustosa, atuou como Secretário de Administração; Não acompanhou diretamente a execução das obras; O engenheiro fiscal das obras, após apresentação da documentação pela empresa, enviava a documentação às Secretarias; Não foi detectada a ausência de qualquer boletim de medição; Analisava a assinatura dos responsáveis pela documentação; Na ocasião da operação da Polícia Federal, não houve a localização do boletim de medição, que, posteriormente, foi entregue à PF; Lembra que foi a empresa millenium quem executou a obra, mas não recorda quem era o responsável pela contratada; Não conhece Assis Cantanduba.

Virleide Eugênia (testemunha): Durante a gestão de Aldo Lustosa, trabalhava emitindo GTA e, por conseguinte, assumiu a Secretaria de Educação; salvo engano, quem executava as obras era a empresa milenium; Acredita que Dinarte era o engenheiro responsável; Sabe que Aldo Lustosa sempre indagava o engenheiro sobre o andamento das obras; A documentação chegava à Secretaria de Finanças após análise da Secretaria de Administração; Lembra da operação de busca e apreensão; Lembra que faltaram alguns documentos; Aldo Lustosa sempre foi um prefeito atuante, tendo o costume de sempre acompanhar as obras, sem, contudo, conhecimentos técnicos.

INTERROGATÓRIO

Aldo Lustosa da Silva: Funcionário de Juru/PB; Recebe pouco menos de três mil reais; Nunca foi preso; Já respondeu a outro processo penal, mas não houve condenação; É casado e possui dois filhos; Mora em Imaculada/PB; Possui casa própria.

Sobre os fatos: O boletim, anteriormente desaparecido, foi entregue à PF em Patos/PB; A empresa millenium quem executou as obras; Visitava as obras; Não tinha conhecimento acerca das irregularidades nas obras; Dinart quem foi o engenheiro responsável pelas obras; As obras ficaram paradas após a operação; Tomou conhecimento de que Assis Catanduba, após a prisão, estava envolvido nas obras; Não teve contato com Assis Catanduba durante a execução das obras; Conheceu Dineudo, responsável pela empresa millenium; As Secretarias

tinham autonomia para análise dos documentos; Quando da autorização dos pagamentos, os documentos chegavam com todos os pareceres competentes; Possui apenas o primeiro ano e não tem conhecimento técnico sobre engenharia civil e contabilidade.

Nessa perspectiva, tem-se que as versões expostas em Juízo não são persuasivas, não rechaçando, em absoluto, o manancial probatório produzido nos autos do IC n.º 1.24.003.000012/2019-35, diante das irregularidades acima realçadas, notadamente no item referente à materialidade.

Feitas essas considerações, concluo que **ALDO LUSTOSA DA SILVA, com vontade livre e consciente, incorreu no delito capitulado no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67 (por duas vezes).**

2.3.3 – Do concurso de crimes

Na espécie, consoante fundamentação acima, tem-se que o acusado deu causa ao desvio de verbas federais em favor da empresa *Millenium*, em virtude do Boletim de Medição n.º 02 - Lote 2, especificamente em face dos dois pagamentos realizados em 12 de agosto de 2016 e 14 de setembro de 2016, no valor respectivo de R\$ 24.455,62 e R\$ 1.030,00.

A propósito do concurso de crimes, diante da materialização dos dois pagamentos, reitero a constatação da continuidade delitiva na sentença prolatada no **id. nº 4058203.9037819** do processo nº 0800370-26.2019.4.05.8205:

Não se desconhece que as imputações atribuídas na denúncia em relação ao crime de peculato foram formuladas da seguinte forma: art. 312 do Código Penal, por 13 (treze) vezes (uma infração penal para cada pagamento feito), em concurso material.

Como se observa, o MPF defende que os réus teriam agido em concurso material (art. 69 do CP), por 13 (treze) vezes, conforme o número de pagamentos realizado.

*Contudo, apesar de terem sido efetuados 13 (treze) pagamentos à Construtora *Millenium*, verifica-se que os réus agiram nas mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução, com a mesma intenção.*

Com efeito, nos termos do art. 71, do Código Penal, “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços”.

Nesse contexto, da análise do preceito legal em destaque, para que o instituto da continuidade delitiva reste caracterizado, impõe-se averiguar a presença dos seguintes requisitos:

- a) Prática de dois ou mais crimes da mesma espécie;*
- b) Condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhante; e*
- c) Os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro.*

Dito isso, realço, de início, que há uma certa homogeneidade no modus operandi dos crimes apurados no caso, pois os réus conduziram as obras e as eivaram de vícios tendentes a suprimir os gastos e, com isso, desviar recursos públicos federais em proveito próprio e alheio.

Além disso, todas as fraudes em destaque ocorreram nas lindes do Município de Imaculada/PB, de maneira a preencher a condição de lugar.

Noutro viés, no tocante à condição de tempo, depreende-se que os crimes foram cometidos no intervalo de 2015 a 2016.

Em que pese o lapso temporal apresentado para a prática dos delitos, há de se ressaltar que existe um mesmo contexto que os envolve. É dizer, muito embora o prazo de trinta dias adotado pela jurisprudência dominante tenha sido extrapolado, ressoa evidente o

liame entre os fatos delituosos, de maneira a caracterizar a circunstância de tempo exigida pelo art. 71 do diploma repressivo.

Por último, pela relação de contexto entre as ações criminosas, entendo presente, outrossim, a unidade de desígnios. É que não vislumbro autonomia nos diversos fatos criminosos, tratando-se de verdadeira continuidade delitiva dos réus em desviar recursos públicos.

Diante do expendido, convém reconhecer a continuidade delitiva nos crimes praticados pelos réus.

Ressalta-se que os agentes devem responder pelo crime de peculato-desvio, em continuidade delitiva, por 6 (seis) vezes (número de fracionamento das medição), com exceção do réu MILTON BARBOSA DE FREITAS, que deverá responder por 3 (três) vezes, tendo em vista que restou demonstrada a sua participação apenas na elaboração dos Boletins de Medição n.º 01 Medição - Lote 1, n.º 01 - Lote 2, n.º 2 Medição - Lote 1.

Assim, penso que o acusado deve responder pelo delito capitulado no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67 (por duas vezes), em continuidade delitiva, devendo a pena experimentar um aumento, pois, de 1/6 (um sexto), nos termos do art. 71 do CP e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[2].

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a pretensão punitiva estatal, para **CONDENAR ALDO LUSTOSA DA SILVA** como incurso nas penas da conduta tipificada no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67 (por duas vezes), em continuidade delitiva (art. 71 do CP).

IV – DOSIMETRIA

Passo, então, à dosimetria da pena nos termos do art. 68 do Código Penal.

Embora prevista no caput do art. 59 do CP, a **culpabilidade**, entendida como reprovabilidade da conduta social, acaba sendo o resumo de todas as circunstâncias a seguir expostas, motivo pelo qual deixo de considerá-la.

Não há prova nos autos de que o réu tenha sido condenado por outro crime através de sentença transitada em julgado, pelo que não se justifica o aumento da pena base em relação à circunstância dos **antecedentes**. Também não há nada que desabone a conduta do acusado no meio social, de modo que sua **conduta social** não pode ser valorada de modo negativo.

No que concerne à **personalidade** do agente, para se valorar negativamente essa circunstância, deve existir um elemento concreto capaz de subsidiar o julgador a identificar o perfil moral do criminoso, de modo a concluir pela sua agressividade, insensibilidade acentuada, maldade, ambição, desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. Penso que, na espécie, não há elementos concretos que permitam aferir de forma técnica e precisa a personalidade do agente ao ponto de justificar, sob esse aspecto, o aumento da pena base.

Como circunstância judicial, o **motivo** deve ser entendido como a razão de ser, a causa, o fundamento do crime perpetrado, sua mola propulsora. Sob este enfoque, portanto, verifico que, no caso dos autos, a motivação do delito foi absolutamente normal aos crimes dessa espécie, não podendo influir na pena-base.

As **circunstâncias** do crime, por sua vez, relacionam-se com a qualificação do *modus operandi* do delito, que, no caso, não apresentou nenhuma razão para ser valorada de forma negativa.

Em relação às **consequências**, é de se registrar que a prática de qualquer crime traz consequências já implícitas à violação da norma, que, inclusive, podem compor o próprio tipo penal infringido. Não obstante, como circunstâncias judiciais, não serão essas as consequências analisadas e sopesadas, mas sim aquelas que extrapolam o cometimento padrão do ilícito em questão. No caso dos autos, entendo que as consequências são inerentes ao seu tipo, de modo que devem ser desconsideradas.

Por fim, o **comportamento da vítima** não foi relevante na espécie, de modo que não pode ser considerado de modo negativo.

Pelos motivos acima declinados, fixo-lhe a pena-base em **02 (dois) anos de reclusão**.

Diante da ausência de atenuantes e agravantes, fixo a pena provisória no mesmo patamar estabelecido acima.

Não há causas de diminuição. A conduta tipificada no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/67 foi praticada por duas vezes, em continuidade delitiva (art. 71 do CP). Assim, **aumento a pena na fração de 1/6**, suficiente para a reprovação do crime, **ficando o réu condenado, definitivamente, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.**

A pena privativa de liberdade deve ser cumprida, desde o seu início, em **regime aberto**, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, tendo em vista que a pena não supera o patamar de quatro anos.

Substituição da pena

Por considerar satisfeitas as condições do artigo 44, incisos I, II e III do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade aplicada ao réu por **duas penas restritivas de direitos, que serão fixadas de acordo com a capacidade econômica do acusado e a extensão do dano:**

1) prestação de serviços a comunidade, cujo cumprimento se dará em entidade a ser indicada pelo Juízo da fase de execução da pena, à razão de (uma) hora de tarefa gratuita por cada dia de condenação;

2) prestação pecuniária, que fixo no valor de **10 (dez) salários mínimos** vigente nesta data, atualizado pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal, desde a prolação desta Sentença, cujo montante deve ser revertido em favor de entidade assistencial indicada pelo Juízo da Execução.

Aplico, por sua vez, a pena autônoma, prevista no § 2º do art. 1º do Decreto-Lei n.º 201/67, de inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, com efeitos a partir do trânsito em julgado desta sentença.

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos termos do art. 387, §1º, do CPP, faculto ao denunciado apelar em liberdade, tendo em vista que a prisão decorrente da sentença condenatória suscetível de recurso deve fundamentar-se nas hipóteses do art. 312, do CPP, as quais não estão presentes no caso em questão.

Com base no art. 92, inciso I, "a", do Código Penal, decreto a perda do cargo ou função pública dos condenados, caso ainda o(a) ocupem.

Fixo a quantia de R\$ 25.485,62, decorrente dos dois pagamentos realizados em 12 de agosto de 2016 e 14 de setembro de 2016, no valor respectivo de R\$ 24.455,62 e R\$ 1.030,00, a ser corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora, em conformidade com o Manual de Cálculos da Justiça Federal, a contar de 14/09/2016 (data do último pagamento).

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais, nos termos do art. 804, do CPP.

Após o trânsito em julgado:

- a) lance-se o nome do réu no rol dos culpados;
- b) proceda-se ao recolhimento da multa nos termos do art. 686 do CPP;
- c) expeça-se guia de recolhimento do réu;
- d) oficie-se ao TRE para os fins de cumprimento do art. 15, inciso III, da CRFB/88;

O registro e a publicação desta sentença decorrerão de sua validação no sistema eletrônico.

Intime-se. Vistas ao MPF.

Monteiro, data da validação no sistema.

(assinado eletronicamente)

JUIZ FEDERAL

[1] FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2001. p. 2693.

[2] Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

[3] ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. - 6. ed. atual., ampl. e reform. - São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 81/84.

[4] Súmula n.º496: SÃO VÁLIDOS, PORQUE SALVAGUARDADOS PELAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967, OS DECRETOS-LEIS EXPEDIDOS ENTRE 24 DE JANEIRO E 15 DE MARÇO DE 1967.

[1] HC 103118, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20/03/2012

[2] (AgRg no REsp n. 2.025.605/RN, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023.)



Processo: **0800023-22.2021.4.05.8205**

Assinado eletronicamente por:

FERNANDO AMERICO DE FIGUEIREDO PORTO - Magistrado

Data e hora da assinatura: 04/04/2023 16:34:01

Identificador: 4058203.11491380



23040415024962100000037677067

Para conferência da autenticidade do documento:

<https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

Para validar, utilize o link abaixo:

https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/Painel/painel_usuario/documentoHashHTML.seam?hash=964c4843723d4aad08facf39e4b1d82dd87ca01a&idBin=37677067&idProcessoDoc=37645566