

PROCESSO Nº: 0808736-31.2019.4.05.0000 - **AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU: ROSALBA GOMES DA NOBREGA MOTA
ADVOGADO: Jessica Dayse Fernandes Monteiro e outros
14º VARA FEDERAL - PB (JUIZ FEDERAL TITULAR)

SENTENÇA

1. RELATÓRIO

Cuida-se de ação penal movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF em face de ROSALBA GOMES DA NOBREGA MOTA, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/1967 (id. 15965728).

Narra a peça acusatória que os fatos estão relacionados à "Operação Recidiva".

Segundo a inicial, ROSALBA GOMES DA NOBREGA MOTA, na qualidade de Prefeita de São José do Bonfim/PB, teria promovido, no bojo do Termo de Compromisso n. 7821/2014 firmado com o FNDE, o desvio de verbas públicas no valor de R\$ 213.660,06 (duzentos e treze mil, seiscentos e sessenta reais e seis centavos), em favor da *Construtora Millenium LTDA. - EPP*, cujo verdadeiro titular seria Dineudes Possidônio Melo.

Aponta o *Parquet* que o pacto visava à construção de uma quadra escolar coberta com vestiário e que a obra, não obstante a liberação de 60% (sessenta por cento) de recursos federais, apresentava uma série de inconsistências que lhe comprometiam quantitativa e qualitativamente: a) superestimativa de 17,71m² da área de cobertura com reflexo financeiro de R\$ 2.467,07 (dois mil, quatrocentos e sessenta e sete reais e sete centavos) sobre o valor contratado; b) utilização de 7.723,26Kg (sete mil, setecentos e vinte e três vírgula vinte e seis quilogramas) de aço, quando o projeto do FNDE demandava a utilização de 12.255Kg (doze mil, duzentos e cinquenta e cinco quilogramas), representando 63% (sessenta e três por cento) do projeto original; c) uso de telhas de zinco sem pintura em vez de telhas metálicas e com 0,4mm (zero vírgula quatro milímetros de espessura), no equivalente a 80% (oitenta por cento) da espessura prevista no projeto; d) ausência de recolhimento de encargos sociais na soma de R\$ 48.917,24 (quarenta e oito mil, novecentos e dezessete reais e vinte e quatro centavos); e) execução da superestrutura da quadra em desacordo com as especificações técnicas que resultaram em prejuízo de R\$ 45.205,17 (quarenta e cinco mil, duzentos e cinco reais e dezessete centavos); f) pagamento por serviços atinentes à Nota Fiscal Eletrônica n. 2017/000000118 referente ao Boletim de Medição n. 05 que foi posteriormente cancelada; g) antecipação de prazos de faturamento e pagamento.

Narra o MPF que vários dos boletins de medição que lastrearam a realização da despesa pública não foram assinados por engenheiros da empresa executora nem por fiscais da própria Prefeitura.

Ao fim, sustenta a Acusação que parcela dos recursos recebidos pela *Construtora Millenium LTDA. - EPP* verteram em favor de familiares e fornecedores de Dineudes Possidônio Melo.

Juntou os documentos de id's. 15966067 a 15996223.

Após trâmite inicial da ação perante o Eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em face do foro por prerrogativa de função da denunciada, determinou-se a baixa dos presentes autos a esta 14ª Vara Federal/SJPB, após o encerramento do mandato da alcaidessa em 31 de dezembro de 2020 (id. 24484345).

Decisão de id. 7497211 afastou as preliminares de inépcia à inicial e ausência de justa causa trazidas na peça defensiva de id. 17347389, bem como recebeu a denúncia em 27 de abril de 2021.

Citada pessoalmente (id. 8373136/8373137), ROSALBA GOMES DA NOBREGA MOTA ofertou resposta à acusação de id. 8418636. Na oportunidade, reiterou a preliminar de inépcia já aventada e mencionou o resultado do julgamento, em primeira instância, do Processo n. 0800136-44.2019.4.05.8205, que versa sobre os mesmos fatos ora discutidos, tendo havido absolvição dos corréus. Alegou a ausência de provas da materialidade delitiva e do dolo da imputada.

Decisão de id. 8428173 reconheceu, novamente, a aptidão da exordial, afastou as causas de absolvição sumária e determinou o prosseguimento do feito rumo à instrução.

A Defesa juntou a documentação de id's. 8861818 a 8861839.

Termo de audiência de instrução dormita no id. 8865892, ocasião em que foram ouvidas as testemunhas Geraldo da Costa Palmeira e Antônio Rogério Ferreira Viana, assim como colhido o interrogatório da ré. O MPF ofertou, ainda, alegações finais orais, requerendo a condenação da acusada nos termos da denúncia.

Memoriais defensivos constam no id. 8911995, em que houve a reiteração das teses outrora deduzidas, reforçando-se o pedido de absolvição por inexistência do fato, insuficiência probatória ou falta de dolo.

Vieram-me conclusos.

É o relatório. Passo a decidir.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Mérito

2.1.1 Materialidade e Autoria

Como bem ressaltado pela Defesa, a mesma dinâmica fática aqui discutida foi objeto de cognição por esta 14ª Vara Federal/SJPB, nos autos do Processo n. 0800136-44.2019.4.05.8205, em que o Ministério Público Federal denunciou as demais pessoas que, supostamente, concorreram para o desvio de verbas públicas relativas ao Termo de Compromisso n. 7821/2014 firmado entre São José do Bonfim/PB e o FNDE, para a construção de uma quadra escolar com coberta e vestiários.

Apontou o *Parquet*, naqueles fólios, que Dineudes Possidônio Melo e Ivaldo Antônio Pereira Lopes teriam atuado para o desvio de recursos decorrentes dos serviços consignados nos Boletins de Medição n. 01, n. 02 e n. 03.

Já em relação aos Boletins de Medição n. 04 e n. 05, a malversação do dinheiro federal foi atribuída a Dineudes Possidônio Melo, a José Girson Gomes dos Santos e a Dênis Ricardo Guedes Filho.

Finda a instrução processual, eis as conclusões perfilhadas pelo juízo sentenciante ao julgar parcialmente procedente o pedido veiculado na denúncia (fls. 83/84 do id. 3790349 do Processo n. 0800136-44.2019.4.05.8205):

- 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 delitativa), aplicando-lhe as penas detalhadas no tópico "Unificação das Penas - JOSÉ GIRSON

Reproduzo, em suma, a *ratio decidendi* exposta pelo órgão julgador para embasar a sentença condenatória (fls. 35/50 do id. 3790349):

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, 080011398.2019.4.05.8205);

e) projetos padrão FNDE para quadra coberta (id. 4058205.3380149, p. 22 e ss., 080011398.2019.4.05.8205).

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 CGURegional/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 CGURegional/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, decidi 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 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 cobertura 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 cobertura, 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 excusas 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, constatouse 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., 080011398.2019.4.05.8205).

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 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).

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 R\$ 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., 080011398.2019.4.05.8205);
- 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 arrematar 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., 080011398.2019.4.05.8205);
- 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., 080011398.2019.4.05.8205);
- 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.

Logo em seguida, o então juízo processante concentrou-se sobre cada uma das imputações veiculadas na exordial acusatória (fls. 55/75 do id. 3790349):

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 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 desconpasso 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.

(...)

Como exposto, os danos aos cofres públicos e o consequente 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.

(...)

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 consequente 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, 080011398.2019.4.05.8205. 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 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).

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").

(...)

Quanto à imputação referida no relatório desta sentença como número 2 (...)

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, 080011398.2019.4.05.8205. 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.

(...)

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.

(...)

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.

(...)

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 conseqüente 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 conseqüente 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.

(...)

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).

(...)

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).

(...)

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").

Empós o manejo de apelação de ambas as partes, o Eg. Tribunal Regional Federal desta Quinta Região - ao negar provimento aos apelos do MPF e de José Girson Gomes dos Santos e dar parcial provimento ao reclamo de Dineudes Possidônio de Melo - manteve, na íntegra, a análise sobre a materialidade e autoria feitas por esta instância singular em v. acórdão assim ementado:

PROCESSO Nº: 0800136-44.2019.4.05.8205 - APELAÇÃO CRIMINAL APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E OUTROS ADVOGADO RHAFEL SARMENTO FERNANDES E OUTROS APELADO: DINEUDES POSSIDONIO DE MELO E OUTROS ADVOGADO: RHAFEL SARMENTO FERNANDES E OUTROS RELATOR(A): DESEMBARGADOR(A) FEDERAL CARLOS REBELO JUNIOR - 1ª TURMA MAGISTRADO CONVOCADO: JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO NETO JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA (1º GRAU): JUIZ(A) FEDERAL CLAUDIO GIRAO BARRETO EMENTA: PENAL. PROCESSUAL

PENAL. APELAÇÕES INTERPOSTAS PELO MPF E PELOS RÉUS. AÇÃO PENAL DERIVADA DE INVESTIGAÇÃO DENOMINADA "OPERAÇÃO RECIDIVA". DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS EM OBRA DE CONSTRUÇÃO DE QUADRA ESCOLAR COBERTA NO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO BONFIM-PB. CRIMES DE PECULATO-FURTO. ART. 312, §1º, DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINARES AFASTADAS. MATERIALIDADE DELITIVA E AUTORIA COMPROVADAS. CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA. NÃO PROVIMENTO DO APELO DO MPF E DO RÉU JOSÉ GIRSON GOMES DOS SANTOS. PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO DO RÉU DINEUDES POSSIDÔNIO DE MELO. 1. Apelações interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pelos réus DINEUDES POSSIDÔNIO DE MELO e JOSÉ GIRSON GOMES DOS SANTOS contra a sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva do Parquet para absolver os réus IVALDO ANTÔNIO PEREIRA LOPES e DÊNIS RICARDO GUEDES FILHO das imputações que lhe foram feitas na inicial e condenar: a) DINEUDES POSSIDÔNIO DE MELO, pela prática dos crimes previstos no art. 312, §1º, CP (Peculato-furto), em concurso material, às seguintes sanções: 04 (quatro) anos de reclusão (imputação 1); 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); 08 (oito) anos de reclusão (imputação 2); 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); e b) JOSÉ GIRSON GOMES DOS SANTOS, pela prática dos crimes previstos no art. 312, §1º, CP (Peculato-furto), em continuidade delitiva, às seguintes sanções: penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão (imputação 2), substituída por duas penas restritivas de direitos, e 116 (cento e dezesseis) dias-multa, correspondendo cada dia-multa a 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos (imputação 2), além da perda do cargo público. 2. O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofertou denúncia contra: a) DINEUDES POSSIDÔNIO e IVALDO ANTÔNIO, pela prática do fato típico previsto no art. 312, §1º, do Código Penal, consistente no desvio, em proveito de DINEUDES POSSIDÔNIO, de recursos públicos oriundos do Termo de Compromisso 7821/2014, firmado entre a Prefeitura de São José do Bonfim-PB e o FNDE, por ocasião dos boletins de medição 1, 2 e 3, os quais previram o pagamento por encargos sociais não recolhidos, a antecipação dos prazos de faturamento e de pagamento, dentre outras irregularidades na execução de quadra escolar coberta no referido Município (Imputação 1); e b) DINEUDES POSSIDÔNIO e JOSÉ GIRSON, pela prática do fato típico previsto no art. 312, §1º, do Código Penal, consistente no desvio em proveito de DINEUDES POSSIDÔNIO de recursos do referido termo de compromisso, por ocasião do boletim de medição 4 e, com o auxílio de DÊNIS RICARDO, do boletim de medição 5, os quais previram superestimativa de área de cobertura, pagamento ilegal na execução de cobertura da quadra escolar e cancelamento de nota fiscal (Imputação 2). 3. Preliminares rejeitadas. Competência da 14ª Vara Federal-PB para o processamento do feito (ausência de conexão com ação penal referente à Operação Desumanidade). Inexistência de inépcia da inicial por conter a denúncia todos os requisitos do art. 41 do CPP, com adequada exposição das condutas imputadas a cada um dos réus. Inocorrência de cerceamento de defesa, por se encontrarem todos os elementos referidos na inicial nos autos ou acautelados na Secretaria do Juízo à disposição de qualquer das partes. 4. Desacolhida a apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Ausência de comprovação da alegação constante no relatório da Controladoria Geral da União na parte em que afirma que o total de aço utilizado na cobertura da quadra foi de 7.723,26 Kg (inferior ao montante de 12.255 kg especificado no projeto). Afirmção desprovida das respectivas memórias de cálculos. Os valores incluídos na proposta como encargos sociais referem-se a obrigações ligadas à Seara Trabalhista (Justiça do Trabalho), não havendo que ser considerado o montante pago a este título como dano ao erário. Mantida a absolvição de DINEUDES POSSIDÔNIO e IVALDO ANTÔNIO pelos desvios correspondentes aos Boletins de Medição 1 e 3, em razão da inexistência de prova da existência do fato. Ausência de responsabilização de IVALDO ANTÔNIO pelo Boletim de Medição 2, ante a ausência de sua assinatura no boletim e o fato do mesmo não mais exercer ele a função de engenheiro fiscal do município de São José do Bonfim/PB na data do pagamento (janeiro de 2016). Mantida a aplicação da continuidade delitiva em relação às condutas imputadas ao réu JOSÉ GIRSON, tendo

em vista que as diversas condutas se tratam de medições referentes ao acompanhamento da execução de uma mesma obra, sendo de se estabelecer um tratamento unitário a uma pluralidade de atos infracionais (da mesma espécie e praticados nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras condições semelhantes) a fim de imputar uma forma especial de punição. Aplicação da Súmula 444 do STJ para deixar de agravar a pena-base do réu DINEUDES POSSIDÔNIO pelo fato de ser o mesmo alvo de outras operações deflagradas pela Polícia e Ministério Público e responder por outras ações penais. 5. Improvido o recurso interposto por JOSÉ GIRSON GOMES DOS SANTOS. Restou comprovada a intenção deliberada dos réus de lesar o erário atestando a realização de serviços que, na realidade, foram executados com qualidade e quantidade inferiores às contratadas e pagas, no intuito de desviar recursos públicos e enriquecer ilicitamente os envolvidos. Não se tratou de meros equívocos ou falhas sanáveis na prestação e atesto da execução da obra. Comprovação do dolo na conduta do réu, que assinou os boletins de medição 04 e 05, sem trazer à tona qualquer justificativa plausível para ter admitido serviços em desconformidade com o projeto, demonstrando ter atuado com plena consciência e vontade livre de atestar falsamente serviços não realizados a contento, ciente de que causava prejuízo aos cofres públicos e lucro indevido para a Construtora Millenium. Correta valoração das circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base. Ao se utilizar da fragilidade dos mecanismos de controle interno dos entes municipais para atestar a execução de tal obra com materiais inapropriados, tais condutas criminosas trazem circunstâncias e consequências negativas, dentre as quais a presença de riscos estruturais, que não podem ser ignorados na dosimetria da pena. 6. Parcial acolhida das pretensões recursais do réu DINEUDES POSSIDÔNIO DE MELO. Preliminares afastadas. A imputação do cometimento de delito em questão (peculato-furto), em que a qualidade de funcionário público do agente é elementar do tipo penal, comunicam-se a todos os réus, incluindo os engenheiros da prefeitura que atestaram a execução de obra em desconformidade com o projeto e o gestor da Construtora beneficiado com o desvio dos recursos públicos. Mantida a condenação do réu DINEUDES POSSIDÔNIO. As acusações feitas (cobertura da quadra realizada com matérias de qualidade inferior às especificadas no projeto, a exemplo das telhas, em que o projeto previa a utilização de telhas de aço galvanizado de 0,5mm enquanto foram empregadas telhas de zinco, sem pintura, de 0,4mm) restaram amplamente comprovadas nos autos, mormente através de comparações entre a proposta da Construtora no processo licitatório, a planilha orçamentária, o memorial descritivo de projeto padrão e relatório elaborado por auditores da Controladoria-Geral da União (CGU). Dosimetria da pena. Mantida a fixação da pena-base, face à valoração negativa da culpabilidade do réu, por possuir o mesmo pleno ciência do que lhe era esperado como profissional com experiência na administração pública (exerceu cargos de secretário municipal e disputou eleições para prefeitura de Patos/PB) e na iniciativa privada (comerciante e empresário do ramo da construção civil). Recurso provido na parte em que pretende o reconhecimento da continuidade delitiva, ao invés do concurso material, já que as diversas condutas tratam-se de medições referentes ao acompanhamento da execução de uma mesma obra, devendo ser conferido um tratamento unitário aos referidos atos infracionais. Aumento da pena fixado em dois terços, por se tratar de réu que repetiu a conduta criminosa por três vezes e com possível com envolvimento com organização criminosa. Mantido o valor do dia-multa em 2/15 (dois quinze avos) por não ser considerado excessivo para o caso específico do réu, levando em consideração a condição socioeconômica do mesmo (com renda mensal declarada de R\$ 4.000,00 - quatro mil reais). 7. Apelações do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e do réu JOSÉ GIRSON GOMES DOS SANTOS não providas. Recurso do réu DINEUDES POSSIDÔNIO DE MELO parcialmente provido, apenas para afastar o reconhecimento do concurso material e considerar a continuidade delitiva, considerando a pena fixada acrescida de dois terços. (PROCESSO: 08001364420194058205, APELAÇÃO CRIMINAL, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSE BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO NETO (CONVOCADO), 1ª TURMA, JULGAMENTO: 09/09/2021)

Soberano na análise fático-probatória, haja vista o que estabelecido nos verbetes n. 07 e n. 279 das Súmulas, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, há de se respeitar, *in totum*, a conclusão do Quinto Regional quanto aos fatos aqui em apreço.

Não faz sentido que, para a ré - que deixou de ser processada em conjunto com os demais acusados, em virtude da prerrogativa de foro que lhe era assegurada perante o TRF5 - perfilhe-se conclusão divergente

sobre os mesmos fatos.

Seguramente, a adoção de duas posições distintas para idêntico caso afrontaria os princípios da segurança jurídica e da coerência intrassistêmica que deve nortear as conclusões do órgão julgador.

Tem-se, por conseguinte, que de todos os desvios narrados na peça de ingresso, restaram comprovados apenas aqueles resultantes dos Boletins de Medição n. 02, n. 04 e n. 05, isto é: a) pagamento integral das vigas (que integram a superestrutura), apesar de executadas em desconformidade com o projeto do FNDE (ferragens expostas e utilização a menor de concreto); b) piso de concreto armado com espessura de apenas 8cm quando o projeto previa 10cm; c) pagamento quase integral da cobertura, mas serviços em divergência com o projeto (telhas de zinco sem pintura e com espessura de 0,4mm, quando o projeto exigia telhas de aço galvanizado onduladas de 0,5mm, além de várias peças metálicas, a exemplo de treliças e terças, com especificações menores do que as necessárias).

A autoria delitiva é imputável a ROSALBA GOMES DA NOBREGA MOTA, uma vez que figurava como Prefeita de São José do Bonfim/PB e, nessa qualidade, como ordenadora de despesas, sendo a responsável pelos pagamentos que verteram em benefício da *Construtora Millenium LTDA. - EPP*.

Frise-se que, em acréscimo ao que foi produzido de provas na Ação Penal n. 0800136-44.2019.4.05.8205, tivemos, nestes fôlios, o depoimento de Geraldo da Costa Palmeira, que tornou a negar envolvimento com a execução do objeto do Termo de Compromisso n. 7821/2014, na qualidade de engenheiro da *Construtora Millenium LTDA. - EPP*.

Já a testemunha de Defesa Antônio Rogério Ferreira Viana nada de relevante trouxe ao feito que pudesse afastar as considerações do processo correlato. Limitou-se a asseverar que trabalhava na área da Cultura, bem como que a obra em liça sofreu fiscalizações, sendo que os funcionários contratados pela empresa particular não eram da cidade de São José do Bonfim/PB. Não soube precisar qualquer aspecto técnico relativo à realização de despesas públicas ou à divergência de especificações encontrada pelos fiscais da CGU. Ignorava também quem era o servidor municipal que alimentava e acompanhava o SIMEC.

Nesses termos, a materialidade restou parcialmente demonstrada, não havendo insurgências defensivas, inclusive, quanto à autoria.

2.1.2. Conceito analítico de crime

A jurisprudência dos Tribunais Pátrios é no sentido de que a inexecução total **ou parcial** de obras e serviços, após o pagamento integral à empresa contratada, configura o delito do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, extensível aos demais coautores por força do art. 30 do Código Penal. A propósito, cita-se o seguinte precedente: TRF5, ACR - Apelação Criminal - 13656 0000305-49.2014.4.05.8202, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Segunda Turma, DJE - Data::14/12/2017 - Página::105.

No caso, tem-se que a execução da obra em qualidade inferior à especificada nos projetos que embasaram a celebração do Termo de Compromisso n. 7821/2014 firmado com o FNDE é conduta que, objetivamente, amolda-se ao tipo penal imputado à ré.

Todavia, quando se passa a examinar o elemento subjetivo da conduta, verifica-se que a pretensão punitiva estatal não encontra amparo.

Prefacialmente, há de se destacar que, na nota de rodapé n. 07 da denúncia (fl. 09 do id. 15965728), o próprio Ministério Público Federal consignou que, ao avaliar os elementos informativos colhidos durante a investigação, não firmou convicção quanto a possível fraude licitatória e favorecimento indevido da *Construtora Millenium LTDA. - EPP* na Tomada de Preços n. 03/2014, deflagrada pela Administração de São José do Bonfim/PB para a execução do pacto em comento. Veja-se:

No relatório de fl. 11/49, a CGU indicou que a Tomada de Preços n. 03/2014 apresentava indícios de fraude, tais como o fato de o procedimento não ter sido numerado pela CPL; erros de grafia no nome de agentes públicos; ausência de comprovante de retirada do edital da *Millenium*; ausência de recurso administrativo por parte dos demais licitantes; participação de empresas já investigadas em outras operações; documentação de habilitação de um dos licitantes com selos cartorários na mesma data da realização da sessão de abertura dos envelopes; e documento apócrifo apresentado pela *Millenium*. Todavia, após oitiva de todos os licitantes e membros da

CPL, o MPF não se convenceu da robustez das provas quanto ao crime do art. 90 da Lei n. 8.666/93.

Partindo-se, pois, do pressuposto sinalado pela Acusação de que não houve qualquer conluio para a contratação da empresa ora nominada, passa-se a examinar se há evidências suficientes para afirmar-se o envolvimento doloso da alcaidessa quanto às falhas de execução verificadas na quadra escolar de que se cuida.

Consoante visto no tópico da análise da materialidade e da autoria, percebe-se que as inconsistências atestadas pela equipe da CGU não eram perceptíveis *ictu oculi*.

Pelo contrário.

A dilapidação do erário decorreu de inobservância qualitativa do projeto desenvolvido pelo FNDE para a obra em questão.

Em outras palavras, quer-se dizer que não se esperava da gestora, por mais que diligente que fosse, perceber se havia divergência quanto à espécie de telha utilizada e a respectiva espessura, bem como quanto às dimensões das treliças, das terças e do contraventamento, por exemplo.

Ao que nos parece, todas as desconformidades narradas na peça de ingresso eram essencialmente técnicas e pressupunham conhecimento aprofundado em engenharia civil ou construção, o que não parece ser o caso de ROSALBA GOMES DA NOBREGA MOTA, formada em Economia, com graduação concluída em 1987, conforme narrado na etapa da qualificação em sede de interrogatório judicial (fl. 02 do id. 8865892).

É bem verdade que um dos pontos delineados na vestibular consistia nos fatos de os pagamentos terem ocorrido, mesmo diante da falta de assinatura dos boletins de medição que lastreavam a execução parcial dos serviços.

Sob o crivo do contraditório judicial, a acusada deixou claro que fez poucas visitas à obra e apenas reparava que esta avançava, à medida que liberava os recursos. Declarou que o engenheiro da Prefeitura chancelava a execução por etapas, não tendo motivos para discordar dos atestos que lhe chegavam. Sobre a realização da despesa pública, frisou que costumava olhar o boletim de medição e a nota fiscal para, só então, encaminhar o processo para o setor de pagamento. Ponderou que, se algum documento lhe foi repassado de maneira apócrifa, passou-lhe despercebido, mas, como a evolução física da quadra era visível, não parecia haver pendências.

A escusa em autodefesa não soa desarrazoada.

Se não há indícios de fraude licitatória e a inexecução parcial do objeto compromissado decorreu de detalhes técnicos, não parece ter havido representação mental da então gestora sobre as falhas encontradas pela CGU nem, muito menos, vontade deliberada de anuir com os vícios de construção constatados.

Por óbvio, não se nega eventual agir descuidado da gestora de não ter reparado que os boletins de medição foram-lhe enviados sem assinatura dos engenheiros da empresa e da Prefeitura.

Todavia, à luz do art. 20 do Código Penal, nos casos de erro, somente é possível a imputação delitiva, quando o tipo penal contemple a figura culposa, o que não é o caso do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.

Nesse diapasão, a absolvição da denunciada é medida que se impõe.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido formulado na denúncia para o fim de **ABSOLVER** a ré ROSALBA GOMES DA NOBREGA MOTA quanto à prática do crime do art. 1º, I, do Decreto-lei nº 201/1967, por força do art. 386, II, CPP (em relação aos Boletins de Medição n. 01 e n. 03) e do art. 386, III, CPP (no que atine aos Boletins de Medição n. 02, n. 04 e n. 05), dado o erro de tipo nessa última hipótese.

Após o trânsito em julgado, promovam-se as anotações necessárias e arquivem-se com baixa.

Sem custas.

Intimações automáticas.

Patos/PB, data de validação no sistema.



Processo: **0808736-31.2019.4.05.0000**

Assinado eletronicamente por:

RAFAEL CHALEGRE DO REGO BARROS - Magistrado

Data e hora da assinatura: 22/10/2021 18:38:41

Identificador: 4058205.8954489



2110221833311360000008979083

Para conferência da autenticidade do documento:

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