

EMFOR - CRIMINAL  
**APELAÇÃO**

ASSISTENTE

Recurso 00075500720114058400  
Tribunal TRF5  
Relator Desembargador Federal Carlos Vinicius Calheiros Nobre (Convocado)  
Julgado em 05/12/2022

---

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. RECONHECIMENTO EX OFFICIO DA PRESCRIÇÃO.

**EMENTA**

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. RECONHECIMENTO EX OFFICIO DA PRESCRIÇÃO. CRIME DE PECULATO. ATIPICIDADE DAS CONDUITAS. AUSÊNCIA DE ELEMENTAR DO TIPO. APELAÇÕES DO PARTICULARES PROVIDAS. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL IMPROVIDO.

1.

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e por Lauro Gonçalves Bezerra, Edmilson Pereira de Assis e Thiago Oliveira Ferreira de Souza contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que julgou parcialmente procedente a pretensão acusatória deduzida na denúncia para:

ABSOLVER o réu JOSÉ SANDERILSON PEREIRA DE ASSIS da imputação relativa ao crime inserido no art. 168, § 1º, inciso III do Código Pena, nos termos do art. 386, inciso VII do CPP;

ABSOLVER os réus LAURO GONÇALVES BEZERRA, THIAGO OLIVEIRA FERREIRA DE SOUZA, EDMILSON PEREIRA DE ASSIS e JOSÉ SANDERILSON PEREIRA DE ASSIS da imputação relativa ao crime tipificado no art. 89, da Lei 8.666/93, por atipicidade do fato, nos exatos termos do inciso III do artigo 386 do CPP;

ABSOLVER os réus JOSÉ SANDERILSON PEREIRA DE ASSIS e JOSÉ ANTONIO DE ABREU da imputação relativa ao crime descrito no art. 312 do Código Penal, ante a previsão contida no art. 386, VII, do Código;

CONDENAR o réu, EDMILSON PEREIRA DE ASSIS da imputação relativa ao crime descrito no art. 168, § 1º, inciso III do Código Penal;

CONDENAR os réus LAURO GONÇALVES BEZERRA, THIAGO OLIVEIRA FERREIRA DE SOUZA e EDMILSON PEREIRA DE ASSIS da imputação capitulada no art. 312 do Código Penal.

2. Aos condenados foram atribuídas as seguintes penas: (a) EDMILSON PEREIRA DE ASSIS: (a.1) quanto ao crime do art. 168, §1º, III, do Código Penal, foi estabelecida uma pena de 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão e 39 (trinta e nove) dias-multa, sendo o dia-multa fixado em 02 (dois) salários-mínimos vigentes ao tempo do último fato, (a.2) quanto ao crime do art. 312, do Código Penal, foi estabelecida uma pena de 03 (três) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 61 (sessenta e um) dias-multa, sendo o dia-multa fixado em

02 (dois) salários-mínimos vigentes ao tempo do último fato. Em razão do reconhecimento de concurso material de crimes, o Juízo somou as sanções aplicadas, perfazendo a pena de 04 (quatro) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto; (b) LAURO GONÇALVES BEZERRA: quanto ao crime do art. 312, do Código Penal, foi estabelecida uma pena de 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 141 (cento e quarenta e um) dias-multa, cujo valor foi fixado em ½ salário mínimo em vigor na data da prática do último fato; (c) THIAGO OLIVEIRA FERREIRA DE SOUZA: quanto ao crime do art. 312, do Código Penal, foi estabelecida uma pena de 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa, cujo valor foi fixado em 1/10 salário mínimo em vigor na data da prática do último fato, tendo sido substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em pagamento de quantia em dinheiro, fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e prestação de serviços à comunidade.

3. Em seu recurso de apelação, o Ministério Público Federal defende: (a) a caracterização do crime do art. 89, da Lei n. 8.666/93, devendo ser provido o recurso para condenar LAURO GONÇALVES, THIAGO OLIVEIRA, EDMILSON PEREIRA e JOSÉ SANDERILSON; (b) a participação de JOSÉ SANDERILSON nos crimes a ele imputados; (c) condenação de JOSÉ ANTÔNIO DE ABREU; (d) em relação à prática do crime do art. 312, do CP, dever-se-ia aplicar o concurso material, e não a continuidade delitiva; (e) necessidade de elevação das penas de THIAGO OLIVEIRA e EDMILSON PEREIRA; (f) necessidade de fixação de valor mínimo a ser indenizado pelos apelados.

4. Em razões únicas de apelação, LAURO GONÇALVES BEZERRA e EDMILSON PEREIRA DE ASSIS defendem que as irregularidades detectadas não levam à prática de peculato, eis que não caracterizada a apropriação ou mesmo o desvio de valores.

5. THIAGO OLIVEIRA FERREIRA DE SOUZA, por sua vez, sustenta: (a) nulidade no recebimento da denúncia; (b) nulidade da sentença; (c) atipicidades formal e material das condutas.

6. Preliminarmente, cumpre analisar as alegações de nulidade no recebimento da denúncia e da sentença ventiladas nas razões recursais de Thiago de Souza. No que se refere à suposta nulidade no recebimento da denúncia, a tese não merece guarida. A decisão esclarece fundamentadamente a necessidade de instrução probatória para apurar as circunstâncias nas quais se verificou o suposto crime. Anota, ainda, a inexistência de elementos aptos a firmar juízo de certeza apto a absolver sumariamente os acusados. Por fim, compreende-se ser contraproducente anular o processo, devolvendo-lhe à fase de recebimento da denúncia, quando o Juízo a quo concluiu a instrução e proferiu sentença condenatória, com base em cognição exauriente, o que corrobora, ao menos em tese, a existência de lastro probatório suficiente para subsidiar o transcorrer da ação penal.

7. A Defesa afirma que a sentença teria utilizado prova nula para deduzir dano ao erário, dada as invalidades formal e material da nota técnica que lastreou o veredicto. Sustenta que referido documento foi composto à revelia da ordem de serviço que os fiscais da CGU detinham, o que demonstraria irregularidade administrativa e ausência de isenção de quem elaborou a nota técnica, já que a situação não lhes fora atribuída. Do mesmo modo, não se vislumbra nulidade na sentença.

8. De saída, é importante ressaltar que a testemunha, Elaine Faustino, afirma ter entrado em contato em Brasília para que houvesse autorização para ir além da previsão inicial. E mais, acredita-se que isso sequer seria necessário, pois não se debate nada quanto ao fato de que o objeto apurado não extravasa as atribuições dos servidores da CGU. Logo, se no legítimo exercício de suas atribuições eles se depararam com outros fatos que são de sua alçada, não apenas poderiam, mas deveriam, como de fato o fizeram, ter

realizado a correspondente apuração. E disso não resulta nenhuma pecha de falta de isenção, o que seria fruto do simples cumprimento do dever funcional. Em relação à contraposição aos critérios utilizados para apurar o dano, isso constitui análise do mérito do crime de peculato.

9. No que tange ao crime de apropriação indébita, vê-se que Edmilson Pereira de Assis foi condenado a uma pena de 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão. Colhe-se na denúncia que os fatos teriam ocorrido entre fevereiro de 2004 e agosto de 2007, tratando da apropriação de vales transporte não repassados a funcionários. Os fatos são anteriores à Lei n. 12.234/10. Assim, regulada pela pena em concreto, a prescrição se submete ao prazo de 04 (quatro) anos, a teor do art. 109, V, do Código Penal. Entre a data do último fato (08/2007) e o recebimento da denúncia (10/2012) transcorreram mais de 05 (cinco) anos. Portanto, é o caso de se reconhecer ex officio a prescrição retroativa.

10. Em relação ao recurso do Ministério Público Federal, quanto à caracterização do crime do art. 89, da Lei n. 8.666/93, com razão a sentença ao absolver os acusados. A conduta imputada aos réus foi a de deixar de realizar procedimento licitatório para a contratação de empresa prestadora de serviços substitutiva à pessoa jurídica Empresa NORDESTE e, por conseguinte, da contratação direta com a empresa INTERFORT SEGURANÇA DE VALORES LTDA. Como se vê, a vencedora do Pregão 13/2004, destinado a Prestação de Serviço de vigilância e Segurança, foi a empresa NORDESTE, tendo a empresa INTERFORT SEGURANÇA DE VALORES LTDA obtido a segunda colocação. Entretanto, após ter sido firmado contrato com a vencedora do procedimento licitatório, foi procedida a rescisão, decorrente do fato de a Nordeste possuir dívidas com a União.

11. Nesse contexto, a contratação se deu com base no inciso XI, do artigo 24 da Lei 8.666/93, que trata da dispensabilidade de licitação decorrente de rescisão contratual, permitindo a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido. Portanto, o fato não constitui infração penal.

12. A pretensão condenatória deduzida em desfavor de JOSÉ SANDERILSON não procede. Apesar de sua participação como representante das empresas SS Construções e Interfort, não se produziu nenhuma prova de que tenha contribuído para a gestão. O corréu Edmilson Pereira de Assis Bezerra, irmão do apelado, afirmou que este somente o ajudaria, mas não participaria da gestão das empresas, o que inviabiliza o reconhecimento de participação no crime apontado. Além deles, a testemunha Caio César Marques Bezerra, Delegado da Polícia Federal, afirmou que as empresas pertenciam ao mesmo grupo econômico, tendo como sócios os irmãos EDMILSON PEREIRA DE ASSIS BEZERRA e JOSÉ SANDERILSON PEREIRA DE ASSIS, mas que o primeiro era quem administrava de fato as citadas pessoas jurídicas. Eis o teor do depoimento transcrito na sentença, in verbis:

"percebemos que essas empresas constituíam, na verdade, um único grupo, de fato, informal, mas de fato esse grupo existia e era controlado por esses dois irmãos (...) Edmilson Pereira de Assis e o irmão dele Sanderilson (...) sucede que havia outra questão que nos chamava a atenção que Edmilson Pereira de Assis detinha o domínio, o comando da atividade empresarial desse grupo de empresas. Eram três empresas ou mais e esse mesmo grupo, essas mesmas empresas prestavam serviços à FUNASA, que a época era dirigida pelo sogro de Edmilson Pereira de Assis (..) e vários elementos do Inquérito apontam que existia uma razão pessoal e não impessoal, como deve ser a administração (...) Ele era sócio ( Sanderilson) de uma dessas empresas, mas acontece que no material que foi coligido durante a busca a gente via a influencia que o Edmilson Pereira de Assis dava a ultima palavra (...)." ."

13. Na mesma linha, deve ser confirmada a absolvição de José Antônio de Abreu. O juízo a quo destaca que o ingresso dele na Coordenadoria da FUNASA/RN se deu em 06 de agosto de 2007, ou seja, após a celebração dos três contratos. A prorrogação, realizada em novembro de 2007, reputou-se necessária à mingua de tempo para realizar a licitação, o que se depreende à luz da data de ingresso na Coordenadoria. Além disso, a testemunha Ivany Maria da Silva, para além de destacar o fato de o apelado ter assumido após a celebração dos contratos, destacou que ele não detinha conhecimento suficiente para desempenhar a função. Nesse contexto, correta a sentença ao concluir pela ausência de elementos de prova suficientes para caracterizar o dolo e a coautoria de José de Abreu.

14. Em relação ao crime de peculato, verifica-se que as razões recursais de defesa são uníssonas em advogar a atipicidade das condutas. Assim, para bem delinear os fatos imputados na denúncia, cumpre trazer à colação a descrição nela contida. Para tanto, far-se-á a análise em duas partes, a exemplo do que empreendeu a Procuradoria da República. Após discorrer sobre o grau de parentesco entre os denunciados, a inicial descreve o seguinte:

Superada essa premissa, deve-se registrar que os Contratos 02/2004, 10/2004 e 10/2006 eram nitidamente prejudiciais à Administração Pública, o que restou confirmado por diversos questionários de acompanhamento da execução dos serviços, como se observa na Nota Técnica 005/2009-CGU (Apenso VI do IPL).

De fato, alguns itens básicos relacionados aos serviços prestados pela INTERFORT foram classificados como insatisfatórios na medida em que os vigilantes não estavam exigindo a abertura de caixas, embrulhos ou quaisquer volumes para conferências, retendo os que apresentassem irregularidades e não controlavam o ingresso de pessoas ou veículos nas instalações da FUNASA, permitindo, inclusive, a entrada de vendedores, ambulantes ou assemelhados sem a devida e prévia autorização da contratante, o que ocasionou o desaparecimento de diversos bens da unidade, dentre eles, uma viatura oficial, três computadores, um notebook, um aparelho de TV e dois microscópios, restando consignado, inclusive, que a guarita da FUNASA ficava sem qualquer vigilante por alguns momentos.

Da mesma forma, o contrato com a RH SERVICE foi avaliado como insatisfatório em diversos itens, pois a contratada não comunicava os eventuais casos fortuitos e de força maior imediatamente, não efetuava reposição de mão-de-obra no prazo de 1 (uma) hora em virtude de eventual ausência, não atendia às solicitações de substituição de funcionários desqualificados de imediato, não prestava todos os esclarecimentos solicitados pela FUNASA e não atendia, prontamente as reclamações desta.

Além disso, tal empresa não facilitava a fiscalização da contratante, não registrava anormalidades que colocassem em risco a qualidade do serviço no livro de ocorrências, não provida toda mão-de-obra necessária para garantir a operação dos pontos da FUNASA nos regimes contratados, obedecidas as disposições da legislação trabalhista, não mantinha disponibilidade de efetivo para atender eventuais acréscimos solicitados, não impedia que os trabalhadores que cometessem faltas disciplinares graves fossem mantidos ou retornassem à FUNASA e não instruíu o seu preposto quanto à necessidade de acatar as orientações da FUNASA, inclusive quanto ao cumprimento das normas internas administrativas de segurança e medicina do trabalho.

Outra não foi a avaliação da SS CONSTRUÇÕES, que não fazia a desinsetização trimestral, deixava faltar material de reposição e realizava diversos serviços de forma insatisfatória tais como aspirar o pó no piso acarpetado, lavar bacias, assentos, mictórios e pias dos sanitários, limpar os pisos dos sanitários, copas e outras áreas molhadas com saneantes domissanitários, abastecer os sanitários com papel toalha, papel

higiênico e sabonete líquido, lavas os bebedouros instalados nos corredores e salas, passar pano úmido com álcool nos tampos das mesas e assentos dos refeitórios antes e após as refeições, limpar atrás dos móveis, armários e arquivos, listrar o mobiliário envernizado e passar flanela nos móveis encerados, lavar janelas, vidros em geral impermeáveis, granilites, mármore, etc., limpar cortinas e revisar os serviços prestados durante o mês, registrando, ainda, que não houve a limpeza das paredes externas laterais revestidas de cerâmica por falta de equipamento de segurança.

Não obstante todas essas irregularidades, os mencionados contratos não foram rescindidos e, ao contrário, foram prorrogados continuamente por LAURO GONÇALVES BEZERRA e JOSÉ ANTÔNIO DE ABREU, que contaram com o auxílio direto de THIAGO OLIVEIRA FERREIRA DE SOUZA (...), promovendo o repasse indevido de recursos para as empresas que tinham como efetivos sócios (ocultos ou não) EDMILSON PEREIRA DE ASSIS e JOSÉ SANDERILSON PEREIRA DE ASSIS.

15. O núcleo do tipo de peculato traz duas condutas, a saber: (a) apropriar-se, que significa tomar como propriedade sua ou apossar-se (peculato-apropriação) e (b) desviar, que traduz alterar o destino (peculato-desvio). A descrição dos fatos na denúncia, permissa venia, não delinea conduta que se amolde ao tipo do art. 312, do Código Penal. O que se lê são irregularidades cometidas no bojo de uma execução contratual, mas nada que descreva a apropriação ou o desvio de dinheiro, valor ou qualquer outro bem. Embora as irregularidades possam ter ocorrido, isso deve ser objeto de apuração em sede própria (administrativa), mas não em seara penal, dada a sua atipicidade. Se houve peculato, o Ministério Público não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar a ocorrência, mesmo em sede de narrativa de fatos na denúncia.

16. Aliás, na cadência, a descrição do superfaturamento e do prejuízo aos cofres públicos se mostra equivocada (segundo item da denúncia quanto ao peculato), com o devido respeito, talvez fruto da ausência da narrativa em que consistiria a apropriação ou o desvio. E não é preciso analisar cada um dos três contratos, pois a conclusão acerca do superfaturamento e do prejuízo segue um padrão. Foram mencionados os valores correspondentes aos termos aditivos firmados para os exercícios de 2007 e 2008 e, cotejados com os valores contratuais para o exercício de 2009, em razão de pregão realizado, apurou-se a diferença e se concluiu que esse seria o prejuízo ao erário.

17. Primeiramente, sobressai a percepção de que esse valor não guarda qualquer relação com as irregularidades apontadas, que englobam a exigência de abertura de caixa por vigilantes a aspirar o pó no piso acarpetado. Mostra-se ainda arriscado concluir que um contrato posterior, celebrado em condição mais vantajosa, serviria para comprovar o superfaturamento daquele que o precede. O superfaturamento deve ser demonstrado quanto aquilo que toca ao próprio contrato, e não por uma simples conta aritmética de valor global que toma como parâmetro avença posterior. Além disso, não se deve olvidar, retornando a ponto que já se enfrentou, que a contratação se deu com base no inciso XI, do artigo 24 da Lei 8.666/93, o que impõe a aceitação das mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço. Portanto, é o caso de se dar provimento ao apelo dos particulares, dada a atipicidade das condutas quanto ao crime de peculato. Prejudicados, portanto, os demais tópicos do apelo do Ministério Público Federal.

18. Logo, tem-se o seguinte cenário: (a) reconhecimento ex officio da prescrição retroativa do crime de apropriação indébita; (b) provimento dos recursos dos particulares para, reconhecendo a atipicidade das condutas, absolvê-los quanto ao crime de peculato; (c) negar provimento ao apelo do Ministério Público Federal, na parte não prejudicada pelo provimento do apelo dos réus.

19. Decretação da extinção da punibilidade (crime de apropriação indébita). Apelação dos particulares

providas. Apelo do Ministério Público Federal improvido na parte não prejudicada.