

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1998.37.00.005650-8/MA

RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONÇALVES DE CARVALHO
(RELATORA AUXILIAR):-**

Trata-se de apelação interposta por RAIMUNDO NONATO DE SOUSA AQUINO (fls. 694/717) contra a v. sentença de fls. 665/684 que o condenou pela prática do delito tipificado no art. 168, inciso III, do Código Penal às penas de 04 (quatro) anos de reclusão e multa de 40 (quarenta) dias-multa, arbitrado cada dia-multa em ¼ (um quarto) do valor de salário-mínimo vigente à época do fato.

O apelante alegou, em síntese:

- 1) **A INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO** (fl. 694);
 - 2) (...) **Não há dúvida portanto que os recursos financeiros que teriam sido desviados e apropriados estavam depositados em conta corrente da Fundação, por força do convênio celebrados com a UFMA** (fl. 697);
 - 3) (...) *sendo Fundação, pelo menos na época dos fatos, uma entidade privada, sem fins lucrativos, não estão submetidas à jurisdição federal as questões judiciais derivadas do gerenciamento daquele recurso* (fl. 699);
 - 4) (...) *A jurisprudência dos tribunais é firme no sentido de excluir a competência da Justiça Federal para processar e julgar infrações penais nas quais não tenha sido afetado os bens, serviços ou interesses da união, suas autarquias ou suas empresas públicas, recusando estender a competência nos casos de afetação de bens, serviços ou interesses de empresas de economia mista, dos serviços sociais autônomos e de outras entidades não expressamente identificadas no texto constitucional* (fl. 699);
 - 5) (...) *embora tenha transcrito, às fls. 676, o texto do art. 168, do Código Penal, que descreve o tipo penal apropriação indébita, e ainda os abalizados comentários de Damásio de Jesus sobre o referido tipo, a respeitável decisão mal compreendeu a norma penal, condenando o ora Recorrente por suposta apropriação indébita de valores sobre os quais não tinha previamente a posse ou a detenção, e sobre os quais não exerceu indevidamente o domínio* (fl. 700);
 - 6) (...) *Como a própria decisão transcreve, na lição de Damásio – e de toda a doutrina – o núcleo do tipo apropriação indébita ‘é um verbo ‘apropriar-se’, que significa fazer sua a coisa alheia. Tendo o sujeito a posse ou a detenção do objeto material em dado momento faz mudar o título da posse ou da detenção, comportando-se como se fosse dono’* (fls. 676);
- (...) *Ora, os recursos financeiros objeto da investigação criminal sempre estiveram em conta corrente, do Banco do Brasil, titulada pela Fundação Sousândrade, tendo sido, certa ou erradamente, utilizados pela própria Fundação, através de movimentação de suas contas bancárias.*
- (...) **Em nenhum momento foi alegado – muito menos comprovado – que tais recursos, o suposto objeto material da imputada apropriação indébita, estiveram na posse do ora Recorrente** (fl. 700/701);

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1998.37.00.005650-8/MA

7) (...) **a ação tida por penalmente ilícita foi praticada pela Fundação e não pelo ora Recorrente** (fl. 702);

8) (...) **RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA** (fl. 702);

9) (...) os administradores de pessoa jurídica **responderão civilmente** pelos prejuízos que causarem quando procederem com culpa ou dolo, ou com violação da lei e do estatuto (fl. 703);

10) (...) Na lição do professor Damásio, citada na decisão, para a realização do tipo apropriação indébita, é necessário ainda que o sujeito ativo – em dado momento mude o título da posse ou da detenção, comportando-se como se fosse dono.

(...) **Esta inversão de domínio – indispensável para a composição do tipo imputado – foi desprezada pela decisão ora recorrida, que, equivocadamente interpretou como apropriação indébita o uso transitório de recursos existentes em conta corrente sujeita a regular prestação de contas do seu titular** (fl. 703);

11) (...) **O acusado não dispunha, conforme sobejamente comprovado, da posse lícita dos valores descritos na denúncia, que sempre estiveram depositados na conta da Fundação, onde foram pela própria Fundação movimentados;**

(...) **Quem podia, nos termos do convênio, movimentar livremente, independente de prévia autorização do Hospital, era a própria Fundação Sousândrade – titular da conta – através dos seus representantes legais. Não foi, assim, o ora Recorrente quem movimentou a referida conta** (fl. 704);

12) (...) **Os recursos existentes na conta corrente da Fundação Sousândrade foram sempre e somente por ela mesmo movimentados, conforme a sua própria conveniência e também sempre devidamente contabilizados – nunca pelo ora Recorrente** (fl. 705);

13) (...) as suspeitas de movimentação irregular dos valores depositados na conta da Fundação foram totalmente desfeitas pela análise de toda a documentação do exercício de 1995, realizada pela Auditoria Interna do Conselho Diretor da UFMA, documentada às fls. 227/228 dos autos (fl. 706);

14) (...) **ao contrário das suspeitas infundadas, a Fundação prestou relevantes serviços à UFMA durante toda a gestão do ora Apelante, o que se comprova facilmente pelas centenas de convênios celebrados pela Fundação em proveito da UFMA, cujas cópias estão às folhas 303/568** (fl. 710);

15) (...) A Fundação Sousândrade de Apoio ao Desenvolvimento Universitário – FSADU, é uma fundação com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por escritura pública lavrada no Cartório Tito Soares, às fls. 161 a 167, do Livro 436, cujo estatuto original foi alterado em 26/04/84, por decisão da Assembléia Geral, através de escritura pública lavrada no mesmo Ofício, às fls. 128/134, do Livro 454., registrada às 196, do Livro A, nº. 14, do Registro de Pessoas Jurídicas (Fls. 217).

(...) Nos termos do art. 3º, do estatuto, o objetivo da Fundação é exclusivamente prestar amplo apoio à UFMA.

(...) Trata-se portanto de uma entidade fundacional instituída com a finalidade exclusiva de, atuando como entidade privada, dar suporte aos programas e atividades da UFMA, possibilitando assim **uma descentralização administrativa extremamente proveitosa,**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1998.37.00.005650-8/MA

especialmente para a captação de recursos financeiros suplementares – recursos próprios, extra-orçamentários” (fl. 710);

16) (...) **O sucesso deste modelo organizacional pode ser atestado pela sua institucionalização, em 1994, através da Lei nº 8958 e pelo fato de estar sendo adotado até a presente data (fl. 711);**

17) (...) a movimentação financeira foi corretamente registrada na contabilidade, sob a rubrica apropriada, de ‘PG FUND SOUSÂNDRADE REF ADIANT P/FUT RESSARCIMENTO’, (fls. 56, 59 E 60) e PG FUND SOUSÂNDRADE REF ADIANT P/ FUTURO RESSARCIMENTO’ (fls. 57 e 58), nas saídas dos recursos e de ‘VALOR DEPOSITADO DE P/ DO RESSA ADIANT FEITO P/HU A FSADU’ (fls. 85) e ‘VALOR DEPOSITADO REF RESSARCIM DE ADIANTAMENTO – FSADU’ (fls. 86), nas devoluções.

(...) Tais rubricas revelam claramente as causas das movimentações financeiras realizadas, não havendo, como equivocadamente afirmado, mascaramento ou ocultação das suas causas. Também é de ressaltar que a Fundação, desde a primeira hora, prontamente informou, através do ofício 035/96, datado de 11/03/1996, (fls. 25) (fl. 712);

18) (...) Tendo ocorrido espontaneamente, mesmo antes da intervenção da diretoria do hospital, ressarcimento parcial dos valores adiantados, não há porque recusar validade a explicação prestada pela Fundação. Quanto ao ressarcimento da última parcela, ocorrido em 14/03/1996, também, em face das provas colhidas, não há porque não aceitar a justificativa de que o ressarcimento não ocorreu antes por falta do setor financeiro, detectada após a elaboração do Demonstrativo Financeiro do Convênio.

(...) Sobre o ponto de vista penal, ainda que as explicações dadas pela Fundação não fossem comprovadas, não haveria configuração do tipo imputado ao Recorrente, sendo a regularidade da movimentação dos recursos pelo seu gerenciador objeto de apreciação administrativa, através da prestação de contas e dos procedimentos de autoria (fl. 713);

19) (...) **Em face da má compreensão dos fatos, a decisão ora recorrida estabeleceu conclusão totalmente ilógica: uma apropriação de recursos financeiros cometida por pessoa que jamais teve a posse ou detenção prévia dos recursos e que jamais teve qualquer proveito pessoal em decorrência deles (fl. 715);**

20) (...) **Em face da má compreensão dos fatos, a decisão ora recorrida estabeleceu conclusão totalmente ilógica: uma apropriação de recursos financeiros cometida por pessoa que jamais teve a posse ou detenção prévia dos recursos e que jamais teve qualquer proveito pessoal em decorrência deles (fl. 715);**

21) (...) **A pena-base também não pode ser superior à pena-média, ou seja, o resultado da divisão por dois da soma da pena mínima com a pena máxima (fl. 716);**

22) (...) **no caso presente, a pena-base foi fixada em quantidade superior à pena média, sendo apesar do reconhecimento explícito de antecedentes favoráveis, de conduta social compatível, de circunstâncias favoráveis na perpetração do crime e na inexistência de conseqüências desfavoráveis em decorrência do crime, tendo em vista o ressarcimento do prejuízo (fl. 716);**

23) (...) a decisão avaliou desfavoravelmente a personalidade do Recorrente, afirmando que ‘a despeito de se tratar de réu tecnicamente primário, não se pode deixar de perceber em sua personalidade uma clara

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1998.37.00.005650-8/MA

indicação para a pratica de delitos) por figurar em três outras ações penais, 'todas elas referentes a irregularidades praticadas á frente da FSADU'. Tal avaliação viola frontalmente o principio constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória – CF, art. 5º, LVII) (fl. 717); e

24) (...) a sentença exacerbou a pena-base indevidamente em um terço, sob o equivocado pretexto de ter sido o crime praticado em razão de ofício, emprego ou profissão – causa de aumento totalmente inaplicável ao caso – deixando de considerar o efeito do ressarcimento dos adiantamentos na fixação da pena (fl. 717).

Contrarrazões às fls. 720/735.

O d. Ministério Público Federal, no parecer de fls. 745/751, opinou “(...) *pelo parcial provimento do recurso, apenas para que a pena-base seja reduzida, mantendo-se a sentença condenatória nos demais aspectos, por seus próprios e jurídicos fundamentos*” (fl. 751).

Processo encaminhado à Secretaria, para os fins do art. 613, I, do Código de Processo Penal em 16/12/2009.

É o relatório.

ROSIMAYRE GONÇALVES DE CARVALHO
Juíza Federal
(Relatora Auxiliar)

V O T O**O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL I'TALO FIORAVANTI SABO MENDES (RELATOR):-**

Presentes os pressupostos gerais e específicos de recorribilidade, conheço da apelação interposta.

Acerca dos fatos, narra a denúncia que:

“2. O inquérito supra foi instaurado com vistas a apurar o crime de apropriação indébita (art. 168, CP), praticado contra o Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, cuja autoria foi imputada ao acima nominado.

3. Os autos demonstram não haver nenhuma dúvida acerca da materialidade e autoria do crime em tela, como passo a demonstrar.

4. O acusado foi presidente da Fundação Sousândrade, entre 1994 a 1996. Referida Fundação prestava serviço ao Hospital Universitário da UFMA, através do convênio de fls. 124 a 127. Pelo convênio, a Fundação obrigava-se a fazer o ‘gerenciamento financeiro dos recursos advindos da execução de programas e projetos relacionados com a área de saúde, execução essa que competirá ao Hospital Universitário’ (fl. 124).

5. Em suma, a Fundação Sousândrade administrava os recursos financeiros do HU/UFMA, mediante recebimento de remuneração.

6. Ocorre que a direção do Hospital Universitário constatou, em 28.2.96, que a Fundação Sousândrade, através do seu presidente, ora réu, procedeu a retirada indevida de R\$ 240.853,33 (duzentos e quarenta mil, oitocentos e cinqüenta e três reais e trinta e três centavos) da conta do HU/UFMA, sem autorização.

7. Essa quantia é o resultado do somatório de 6 (seis) saques realizados nos dias 24.8.95 (R\$ 40.000,00); 25.9.95 (R\$ 10.000,00); 2.10.95 (R\$ 35.401,59); 3.10.95 (R\$ 75.451,74); 6.11.95 (R\$ 50.000,00); 28.11.95 (R\$ 30.000,00).

8. Esse demonstrativo está documentado à fl. 09, onde consta ainda que o réu devolveu parte do dinheiro ao HU/UFMA em 9.10.95 e 30.11.95. O restante foi devolvido em 14.3.96 (fl. 81).

9. Necessário esclarecer que a devolução dos valores só ocorreu após a constatação do rombo nas contas do HU/UFMA. Portanto, o crime de apropriação indébita já havia ocorrido.

10. A devolução dos valores por parte do réu não tem o poder de evitar a consumação do crime, pois esta já ocorrera no momento da apropriação.

11. Vejamos o que pensa Noronha a respeito do momento consumativo do crime em tela:

‘Consuma-se o crime com a apropriação e não com o lucro ou proveito do agente ou de

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005544-30.1998.4.01.3700 (1998.37.00.005650-8)/MA

terceiro elemento condizente ao dolo específico.

Dá-se a consumação quando a coisa sai do patrimônio do sujeito passivo, e tal pode dizer-se atendendo-se a natureza do crime, quando o agente transforma sua posse ou detenção em domínio; quando pratica atos inequívocos de dono; quando deixa de possuir a coisa em nome e no interesse de quem lhe transferiu e passa a dispor dela como se dono fosse.

Em mais de um julgado, nosso Tribunal tem esposado essa doutrina.¹

12. *Quando ouvido pela autoridade policial, o réu confessou o crime, alegando, no entanto, que havia devolvido a quantia apropriada*” (fls. 03/05).

O MM. Juízo Federal *a quo*, ao proferir a sentença, julgou procedente a pretensão contida na denúncia, para condenar o denunciado, ora apelante, RAIMUNDO NONATO SOUSA DE AQUINO, à pena definitiva de 4 (quatro) anos de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

Da preliminar de incompetência da Justiça Federal

Data venia de eventual ponto de vista em contrário, não há que se cogitar na incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, tendo em vista que, como asseverou o MM. Juízo Federal sentenciante, ao afastar essa preliminar, “(...) o convênio firmado entre a UFMA e a Fundação Sousândrade para o gerenciamento dos recursos da primeira é um autêntico contrato administrativo e que o repasse dos recursos do SUS para a conta da FSADU aberta especificamente para os fins do convênio não implica em qualquer mudança ontológica de tais recursos, que permanecem, pois, como recursos federais, de sorte que carecem de fundamento as alegações da Defesa quanto à competência para processar e julgar o presente caso, que, sem sombra de dúvida, pertence à Justiça Federal” (fl. 675).

Sobre essa questão, impende ressaltar inclusive que o d. Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Procurador Regional da República, Dr. Guilherme Magaldi Netto, (fls. 745/751), assim se manifestou:

*“08 Como se vê, trata-se de desvio de recursos oriundos do Poder Público da União e destinados à instituição hospitalar sob responsabilidade federal, qual seja, a Universidade Federal do Maranhão. Sendo assim, resta evidenciado a lesão patrimonial causada a ente da administração indireta federal, qual seja, **Universidade Federal do Maranhão (UFMA)** que, por se tratar de **autarquia federal**, atrai a competência da **Justiça Federal**, nos termos do artigo 109, I, da Constituição Federal (...)*” (fl. 748).

Não merecem reparos, *data venia*, os excertos da v. sentença apelada e do parecer ministerial, acima transcritos.

¹ Noronha, E. Magalhães. *Direito Penal*, v. 2, Saraiva, São Paulo, 1988, p. 336.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005544-30.1998.4.01.3700 (1998.37.00.005650-8)/MA

Com efeito, não se pode ignorar, *concessa venia*, que, na hipótese, a quantia que se aponta indevidamente apropriada pelo acusado, ora apelante, constitui-se em recurso público federal, ficando assim caracterizado o interesse da União e, conseqüentemente, a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do presente feito, nos termos do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.

Faz-se necessário ainda mencionar que apesar de não existir dúvida sobre a natureza jurídica de direito privado da fundação de apoio, a eventual apropriação de recursos públicos federais, repassadas à entidade auxiliar por Universidade Federal, atrai a competência da Justiça Federal, a teor do entendimento esposado no acórdão cuja ementa abaixo se transcreve:

“PROCESSUAL PENAL E PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CRIME DE PECULATO - RELAÇÃO ENTRE INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO E FUNDAÇÕES DE APOIO, COM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO - REPASSE DE RECURSOS FEDERAIS - DEVER DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS RECURSOS REPASSADOS - ART. 3º DA LEI 8.958/94 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - ART. 109, IV, DA CF - RECURSO PROVIDO.

(...)

III - Conquanto inexista dúvida acerca da natureza jurídica de direito privado da fundação de apoio, a apropriação dos recursos desviados, por se cuidar de verbas públicas, repassadas à entidade auxiliar pela Universidade Federal do Pará, atrai a competência da Justiça Federal (art. 109, IV, da CF).

IV - Recurso provido”

(TRF – 1ª Região, RSE 2006.39.00.009836-0/PA, Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães, 3ª Turma, julgado por unanimidade em 13/01/2009, publicado no e-DJF1 de 13/02/2009, p. 417).

Não merece, assim, *concessa venia*, ser reconhecida a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito de natureza penal.

Do mérito

Não há que se falar, *data venia*, na não subsunção da conduta que se imputa ao apelante ao tipo penal descrito no art. 168, do Código Penal.

Com efeito, no caso em comento, da análise do conjunto probatório constante nos autos, é de se entender que a conduta que se aponta como praticada pelo apelante efetivamente se subsume ao delito tipificado no art. 168, do Código Penal, pois, como asseverou o MM. Juízo Federal sentenciante:

“Na espécie, o acusado, na qualidade de Presidente da Fundação Sousândrade, dispunha da posse lícita dos valores depositados na conta daquela fundação pelo HU/UFMA e, como se viu, tais valores eram inteiramente provenientes do SUS, a título de remuneração pelos serviços prestados por aquele hospital.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005544-30.1998.4.01.3700 (1998.37.00.005650-8)/MA

Parece-me evidente que o réu, na qualidade de Presidente da FSADU, podia movimentar a conta do convênio sem qualquer autorização prévia do HU/UFMA, desde que tal movimentação ocorresse regularmente, ou seja, para atender aos estritos termos do convênio firmado entre aquelas entidades.

Foi, aliás, o que deixou claro o Diretor Adjunto de Planejamento do HU/UFMA, JOSÉ BENEDITO L. LINDOSO, no memorando de fl. 15, em que comunica à Diretora-Geral daquele estabelecimento a ocorrência de 6 (seis) retiradas indevidas realizadas pela FSADU, nos valores de R\$ 40.000,00 (cheque nº 096204, de 24/08/95), R\$ 10.000,00 (cheque nº 958248, de 25/09/95), R\$ 35.401,59 (cheque nº 089894, de 02/10/95), R\$ 75.451,74 (cheque nº 389895, de 03/10/95), R\$ 50.000,00 (cheque nº 055101, de 06/11/95) e R\$ 30.000,00 (cheque nº 818537, de 28/11/95), totalizando R\$ 240.853,33.

*Registrou JOSÉ BENEDITO LAULETTA LINDOSO no expediente referenciado que **'não há e nunca houve nenhuma autorização oficial ou extra-oficial, por parte desta Diretoria, para qualquer retirada que não fosse a prevista nos termos contratuais referentes a remuneração pelos serviços prestados'**.*

*Os saques indevidos foram registrados na contabilidade da FSADU (v. documentos de fls. 19/23) sob a curiosa e sugestiva rubrica **'ADIANTAMENTOS PARA FUTURO RESSARCIMENTO'**, sendo certo que o fato dos recursos retirados não terem sido utilizados na forma do convênio FSADU - HU/UFMA autoriza a conclusão de que efetivamente o réu estava dispondo dos recursos existentes na conta da Fundação Sousândrade de forma arbitrária e em proveito próprio, operando-se uma verdadeira inversão da posse dos recursos federais.*

De fato, entre 24/08/95 (data em que sacou o cheque nº 096204, no valor de R\$ 40.000,00), e 28/11/95 (data em que sacou o cheque nº 818537, no valor de R\$ 30.000,00), RAIMUNDO NONATO SOUSA DE AQUINO usou o dinheiro do SUS repassado à FSADU como se lhe pertencesse, para fins estranhos ao convênio firmado com o HU/UFMA.

*JOSÉ BENEDITO LAULETTA LINDOSO informou ainda, no citado memorando, que dos valores indevidamente retirados, **'foram ressarcidos apenas R\$ 9.254,68 em 09.10 e R\$ 129.866,28 em 30.11. Resta, portanto, uma diferença a ser ressarcida no valor de R\$ 101.732,37'** (fl. 15).*

*A Diretora-Geral do HU/UFMA, Dra. TEREZINHA DE JESUS PENHA ABREU, comunicou a notícia criminis ao MPF através do ofício de fls. 11/12, e já naquele expediente se constata que, em princípio, o acusado atribuiu o desfalque a **'equivocos e erros'** supostamente praticados pela contadora da FSADU, mas, paradoxalmente, prontificou-se **'a efetuar o ressarcimento, através de uma 'proposta', não tendo, entretanto, cumprido com o prometido, até a presente data'** (11/03/96).*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005544-30.1998.4.01.3700 (1998.37.00.005650-8)/MA

Assinalou ainda a Dra. TEREZINHA ABREU, com lógica irrefutável, que **'se houvessem sido cometidos 'erros ou equívocos', como alegado, facilmente o problema estaria contornado, fazendo-se a reposição ou o depósito da quantia INDEVIDAMENTE RETIRADA'** e que **'especial atenção deve merecer o fato do presidente da FSADU ter dito que iria apresentar 'PROPOSTA DE DEVOLUÇÃO', que entendemos como não tendo mais, à sua disposição, a quantia INDEVIDAMENTE RETIRADA'** (caixa alta no original).

Aditando a notitia criminis, a Dra. TEREZINHA ABREU encaminhou ao MPF (fl. 24) o ofício de fl. 25, remetido pelo Presidente da FSADU à Direção do HU/UFMA. No documento, RAIMUNDO NONATO SOUSA DE AQUINO admite a retirada indevida de recursos do HU/UFMA e, como justificativa, afirma que **'os valores ali expressos foram adiantamentos para cobrir parte do pagamento da folha de pessoal que presta serviço nesse Hospital'**. O acusado registrou ainda que **'reconhecemos que existe o débito desta FSADU com o Hospital Universitário, e não estamos medindo esforços para cumprir com as nossas obrigações, todavia enfrentamos sérios problemas, o que nos leva a solicitar de V. Sa., o parcelamento desse débito'**.

Tais argumentos causam espécie, eis que é de uma clareza hialina que, se os recursos tivessem sido utilizados para pagamento de pessoal do HU/UFMA, deveriam ter sido contabilizados na respectiva rubrica e não constituiriam débito da Fundação com o HU/UFMA.

Em verdade, era o acusado e não a FSADU quem devia à HU/UFMA, cuja diretora-geral, no documento de fl. 39, afirmou expressamente que **'esta Direção NÃO AUTORIZOU NENHUM ADIANTAMENTO OU EMPRÉSTIMO À FUNDAÇÃO SOUSÂNDRADE'**.

Ouvida pela Autoridade Policial, declarou a Dra. TEREZINHA ABREU (fls. 49/51):

'QUE a declarante tomou conhecimento de tais fatos através do expediente de folhas 09 destes autos, elaborado pelo diretor adjunto de planejamento do HUFMA, JOSÉ BENEDITO LAULETTA LINDOSO'

'QUE diante da denúncia a declarante solicitou informações no prazo de quarenta e oito horas, do presidente da FUNDAÇÃO SOUSÂNDRADE, RAIMUNDO NONATO SOUSA DE AQUINO'

'QUE em resposta, (...),RAIMUNDO NONATO SOUSA DE AQUINO reconheceu as retiradas e se comprometeu em fazer as devidas devoluções, solicitando, no entanto, um parcelamento das somas apropriadas indevidamente'

'QUE a declarante não concordou com o pedido de parcelamento do presidente da FUNDAÇÃO SOUSÂNDRADE e solicitou a reposição imediata e integral das somas apropriadas, com as devidas correções'

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005544-30.1998.4.01.3700 (1998.37.00.005650-8)/MA

'QUE em momento algum a declarante foi consultada sobre tais retiradas por parte da direção da FUNDAÇÃO SOUSÂNDRADE, chegando os fatos ao seu conhecimento através do expediente assinado por JOSÉ BENEDITO LAULETTA LINDOSO, tendo a declarante adotado as providências que o caso requeria'

'QUE a declarante tomou conhecimento de tais fatos através do expediente de folhas 09 destes autos, elaborado pelo diretor adjunto de planejamento do HUFMA, JOSÉ BENEDITO LAULETTA LINDOSO'

'QUE a declarante tomou conhecimento de tais fatos através do expediente de folhas 09 destes autos, elaborado pelo diretor adjunto de planejamento do HUFMA, JOSÉ BENEDITO LAULETTA LINDOSO'

De fato, o documento de fl. 64, de 12/03/1996, demonstra que a Diretora-Geral do HU/UFMA, em resposta à proposta de parcelamento feita pelo acusado, comunicou ao réu que **'não podemos concordar com a proposição ali contida, vez que não somos proprietários da quantia devida, falecendo, assim, competência a esta Direção'** e que **'a reposição deverá ser IMEDIATA e INTEGRAL, sem prejuízo da apuração de responsabilidades devidas, posto que as quantias INDEVIDAMENTE RETIRADAS deveriam, se não utilizadas em pagamentos devidos, render atualização monetária e juros de mercado, como facultado em lei própria, desde a época em que foram INDEVIDAMENTE UTILIZADAS'**.

A restituição do restante dos recursos desviados pelo réu, no montante de R\$ 101.732,37 (v. fl. 15) ocorreu em 14/03/1996, conforme documento de fl. 87. Portanto, somente após ter o réu sido informado, pelo expediente de fl. 64, que o caso já havia sido levado ao conhecimento do Ministério Público Federal é que ele tratou de devolver os valores de que se tinha apossado.

Entendo que esse detalhe e a contabilização dos recursos numa rubrica que mascarava a movimentação indevida do dinheiro pertencente ao HU/UFMA efetivamente evidenciam a intenção do agente de apossar-se dos recursos federais, revelando o animus rem sibi habendi que caracteriza a apropriação indébita.

Assim, houve a inversão do título da posse, sendo este, precisamente, o dado da apropriação indébita: fazer sua o agente a coisa alheia móvel, de que tem a simples posse ou detenção.

Interrogado pela Autoridade Policial (fls. 145/146), RAIMUNDO NONATO SOUSA DE AQUINO confirmou as retiradas, mas voltou a afirmar que o dinheiro teria sido utilizado **'para pagamento exclusivo de pessoal que prestava serviço no Hospital Universitário'**. Contudo, não apresentou nenhum documento para demonstrar sua alegação e nem explicou a contradição existente em assumir como débito da FSADU a utilização dos recursos para o suposto pagamento de pessoal, quando esse era um dos empregos

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005544-30.1998.4.01.3700 (1998.37.00.005650-8)/MA

regulares dos valores depositados pelo HU/UFMA na conta da Fundação Sôsândrade.

Em juízo, o acusado mudou sua versão, não mais alegando que o dinheiro havia sido empregado para o pagamento de pessoal, mas que os recursos foram **'recambiados para o pagamento de outras obrigações de natureza trabalhista e depois repostos quando do levantamento contábil ulteriormente efetuado'** (fl. 171).

Segundo ele, **'esta gerência de recursos, possibilitando uma compensação de valores não vinculados mas específicos de um serviço prestado é muito comum numa instituição de natureza privada, querendo crer o interrogado, cuja área não é jurídica, que nisto não reside nenhuma ilegalidade'** (fl. 171).

Além do réu não ter juntado aos autos um único documento que demonstrasse as suas afirmações, deve-se lembrar que o convênio firmado com o HU/UFMA previa, em sua cláusula terceira, III, conforme acima transcrito, a abertura de uma **'conta corrente específica em banco da rede oficial'**, de sorte que não podia a FSADU misturar os recursos provenientes do SUS e repassados pelo HU/UFMA à conta específica do convênio com recursos de outras contas eventualmente titularizadas pela FSADU.

Não custa também lembrar que a versão apresentada em Juízo por RAIMUNDO NONATO SOUSA DE AQUINO foi a terceira explicação por ele oferecida para os fatos descritos na inicial. Sua primeira versão, apresentada à Direção do HU/UFMA, foi que haviam ocorrido alguns **'equivocos'** nos lançamentos contábeis, atribuídos à contadora da FSADU. A segunda versão, apresentada à Autoridade Policial, dava conta da utilização dos recursos no pagamento de pessoal. Nenhuma delas foi demonstrada pelo réu.

Em seu interrogatório judicial RAIMUNDO NONATO SOUSA DE AQUINO insistiu ainda nas teses de que a FSADU era uma instituição privada e de que os recursos depositados na conta do convênio não passavam pelo orçamento da UFMA, o que, como se viu no exame da preliminar de incompetência argüida pela Defesa, em nada altera a natureza do convênio firmado entre a fundação que ele capitaneava e o HU/UFMA e dos recursos gerenciados pelo réu.

Argumentou ainda ele que **'houve casos da Fundação ter crédito junto ao Hospital por ter utilizado dinheiro seu no pagamento de despesas que deveriam ser pagas pelo Hospital, com dinheiro proveniente do SUS'** (fl. 606).

Sobre essa última alegação, TEREZINHA DE JESUS PENHA ABREU, na qualidade de testemunha da Acusação, após declarar que **'o dinheiro da administração dos hospitais vinha do SUS'**, disse que, **'em alguns, houve considerável atraso no depósito dessas parcelas'** e confirmou que **'quando havia atraso dessa natureza era comum à Fundação Sôsândrade efetuar um empréstimo para efetuar o pagamento das despesas com o Hospital'**. Contudo, afirmou a testemunha que **'em 1996, quando**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005544-30.1998.4.01.3700 (1998.37.00.005650-8)/MA

dos fatos o atraso já não mais ocorria pois o sistema já estava regularizado' (fl. 188).

A improcedência dessa alegação do acusado também se encontra demonstrado pelo fato dele haver, como visto, reconhecido o débito para com o HU/UFMA e pedido um parcelamento para a restituição.

De resto, TEREZINHA DE JESUS PENHA ABREU confirmou em Juízo tudo quanto declarara à Autoridade Policial.

Por seu turno, também indicado como testemunha pelo MPF, JOSÉ RINALDO DE ARAÚJO MAYA confirmou, igualmente, o que antes já dissera à Autoridade Policial (fl. 190).

Quis a Defesa, em sede de alegações finais, utilizar falaciosamente trechos das declarações das duas testemunhas da Acusação como prova de inocência do réu.

*Dos depoimentos de JOSÉ RINALDO DE ARAÚJO MAYA e TEREZINHA DE JESUS PENHA ABREU foram pinçados os trechos em que as testemunhas dizem, respectivamente, que **'não tem conhecimento da utilização de tais valores em gastos pessoais ou empréstimos privados a quem quer que seja'** e que **'não tem notícias da utilização deste dinheiro para gastos pessoais do inculpado ou de qualquer funcionário da Sousândrade'**.*

Ora, ambas as testemunhas declararam em Juízo não serem parentes nem amigos íntimos do acusado, e nenhuma delas participou das investigações dos fatos atribuídos a ele, tendo JOSÉ RINALDO DE ARAÚJO MAYA se limitado a constatar a irregularidade e comunicá-la à Direção Geral do HU/UFMA, ao passo que TEREZINHA DE JESUS PENHA ABREU, agindo de forma rigorosa e expedita, apenas exigiu do acusado a imediata restituição dos valores sacados indevidamente e comunicou o fato ao MPF.

Estranho seria se as testemunhas, sem terem qualquer intimidade com o réu e sem tê-lo investigado, soubessem a destinação dada por RAIMUNDO NONATO SOUSA DE AQUINO aos valores retirados indevidamente da conta da FSADU.

Pelo exposto, entendo suficientemente demonstrado nos autos que o réu, agindo de forma livre e consciente e movido pelo animus rem sibi habendi, apropriou-se de recursos federais, provenientes do SUS, depositados pelo HU/UFMA na conta da FSADU aberta especificamente para o gerenciamento de interesses do Hospital Universitário da UFMA.

Por fim, parece-me também evidente que o denunciado abusou da confiança nele depositada pela direção do HU/UFMA, eis que praticou o crime valendo-se de sua condição de Presidente da FSADU, razão pela qual deve incidir a agravante do inciso III do art. 168 do CPB.

Portanto, no meu sentir, configurou-se plenamente o crime imputado ao réu, previsto no art. 168, § 1º, III, do CPB, não se descaracterizando tal delito pelo fato do ressarcimento ter ocorrido, ainda que bem posteriormente à intimação feita pela Direção do

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005544-30.1998.4.01.3700 (1998.37.00.005650-8)/MA

Hospital Universitário da UFMA, conforme já entendeu o STF, nos seguintes termos: ‘A reparação do dano não elimina a figura penal da apropriação indébita’ (STF - RHC - Rel. Rafael Mayer-JUTACRIM 71/443)” (fls. 677/682).

Não merece reparos, nessa parte, a v. sentença apelada, *data venia* de eventual ponto de vista em contrário.

A propósito, deve ser ressaltado que, sobre a matéria, o d. Ministério Público Federal, em parecer da lavra do eminente Procurador Regional da República, Dr. Guilherme Magaldi Netto, asseverou que:

*“09 No mérito, afigura-se correta a **tipificação legal** conferida aos fatos. É cediço que a pessoa jurídica age por intermédio de seu representante legal, o qual se torna responsabilizado pelos atos que pratica em nome da empresa. Por conseguinte, a **responsabilidade** ora atribuída ao apelante decorre da sua condição de **Presidente da Fundação Sousândrade**, que lhe conferia plenos poderes para gerenciar e administrar a entidade e respectivos recursos.*

10 Nesse particular, a sentença, mais uma vez, de forma exaustiva, logrou demonstrar a inafastabilidade da autoria que ora recai sobre o apelante, razão pela qual merece ser integralmente confirmada” (fl. 750).

Assim, uma vez demonstrada a autoria e a materialidade do delito imputado ao acusado, ora apelante, na forma do que vislumbrado na v. sentença apelada, que, inclusive, nessa parte, adoto como razões de decidir, verifica-se não merecer ser ela reformada.

Todavia, afigura-se, *concessa venia*, assistir razão ao apelante no que se refere à dosimetria da pena.

Sobre essa questão, alegou o apelante, em síntese, que “(...) a decisão avaliou desfavoravelmente a personalidade do Recorrente, afirmando que ‘a despeito de se tratar de réu tecnicamente primário, não se pode deixar de perceber em sua personalidade uma clara indicação para prática de delitos) por figurar em três outras ações penais, ‘todas elas referentes a irregularidades praticadas á frente da FSADU’. Tal avaliação viola frontalmente o princípio constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória – CF, art. 5º, LVII)” (fl. 717), e, ainda, que ‘(...) a sentença exacerbou a pena-base indevidamente em um terço, sob o equivocado pretexto de ter sido o crime praticado em razão de ofício, emprego ou profissão – causa de aumento totalmente inaplicável ao caso – deixando de considerar o efeito do ressarcimento dos adiantamentos na fixação da pena” (fl. 717).

Neste aspecto, afigura-se, *data venia*, assistir razão ao apelante.

Com efeito, ao efetivar a dosimetria da pena, asseverou o MM. Juiz Federal sentenciante que:

“Passo à dosimetria da pena (arts. 59 e 68 do CPB).

*A **culpabilidade** encontra-se demonstrada pelas provas constantes dos autos, e materializa-se na grave reprovação incidente sobre a conduta do réu que, plenamente consciente da ilicitude de seu comportamento, poderia ter se conduzido na conformidade da lei.*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005544-30.1998.4.01.3700 (1998.37.00.005650-8)/MA

*Não há registro nos autos de anteriores condenações transitadas em julgado, pelo são favoráveis os **antecedentes** do réu.*

Conduta social do réu presumidamente compatível com o seu grau de instrução e a classe social a que pertence.

Sua **personalidade**, contudo, parece-me voltada para o crime. Com efeito, as certidões de fls. 661/662 demonstram que figura ele como réu em outras 3 (três) ações penais que tramitam ou tramitaram nesta Seção Judiciária, todas elas referentes a irregularidades praticadas á frente da FSADU, já tendo ele inclusive sido condenado por peculato (art. 312, CPB) nos autos do processo nº 1998.3388-9, ora no TRF da 1ª Região, em grau de recurso. Assim, a despeito de se tratar de réu tecnicamente primário, não se pode deixar de perceber em sua personalidade uma clara inclinação para a prática de delitos, e a circunstância de ter sido alçado à Presidência da FSADU prestou-se à manifestação dessa tendência.

Motivo do crime censurável, consistente na cupidez, uma das paixões anti-sociais, para fazer uso da terminologia dos positivistas jurídicos.

Circunstâncias favoráveis ao réu, em face da singeleza das operações necessárias para a perpetração do crime.

Conseqüências favoráveis em virtude dos prejuízos causados ao HU/UFMA terem sido ressarcidos, segundo declarou em Juízo a Diretora-Geral do HU/UFMA.

Pelo exposto, sendo preponderantemente favorável a avaliação das circunstâncias judiciais, **FIXO A PENA BASE** em 3 (três) anos de reclusão, exacerbando-a em 1/3 (um terço) em vista do disposto no inciso III do § 1º do art. 168 do CPB, totalizando **4 (quatro) anos de reclusão, reprimenda que torno definitiva ante a ausência de outras circunstâncias a considerar.**

A pena privativa de liberdade imposta será cumprida, inicialmente, em **REGIME ABERTO**, na Casa de Albergado (art. 33, § 2º, 'c', CPB).

Tendo em vista as circunstâncias judiciais acima expostas, **FIXO A PENA DE MULTA** em 30 (trinta) dias-multa, que exacerbo em 1/3 (um terço), em face da continuidade delitiva, tornando-a definitiva em **40 (quarenta) dias-multa.**

Considerando a situação econômica do réu, **FIXO O DIA-MULTA** em 1/4 (um quarto) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

A pena de multa deverá ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença (art. 50, CPB).

No que pertine ao preceituado nos artigos 59, IV, e 44, ambos do Código Penal Brasileiro, entendo que o acusado não faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. A despeito de sua primariedade, o exame do restante das circunstâncias judiciais resultou amplamente desfavorável ao réu, razão pela qual deve ele cumprir a pena privativa de liberdade aplicada, no regime estabelecido" (fls. 682/684).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005544-30.1998.4.01.3700 (1998.37.00.005650-8)/MA

A partir da acima transcrita avaliação das circunstâncias judiciais do apelante para fins de fixação da pena, constata-se que, havendo o MM. Juízo Federal a quo apontado ser "(...) *preponderantemente favorável a avaliação das circunstâncias judiciais (...)*" (fl. 683), não se vislumbra, *data venia*, a existência, *in casu*, de fundamento jurídico hábil a embasar o arbitramento da pena-base em 03 (três) anos de reclusão, mormente quando se verifica que a pena prevista no art. 168, do Código Penal varia de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão e multa.

Nesse contexto, não se constata fundamento jurídico que justifique a fixação da pena-base em patamar que se aproxima do máximo legal cominado ao crime de apropriação indébita.

Frise-se ainda que, a propósito do tema, o d. Ministério Público Federal asseverou que:

*"(...) quanto à **dosimetria da pena** merece o apelo prosperar. Isso porque, considerando que a pena atribuída ao **crime de apropriação indébita (art. 168 do C.P.B.)** oscila entre **1 (um) e 4 (quatro) anos** e que o MM. Magistrado sentenciante concluiu ser '**preponderantemente favorável a avaliação das circunstâncias judiciais**', não se afigura proporcional a fixação da **pena-base em 3 (três) anos**, ou seja, bem próxima ao patamar máximo, mormente levando-se em consideração que o apelante promoveu o **ressarcimento dos valores em 14.03.1996**"* (fl. 750).

Por fim, deve ser ressaltado que nos delitos de apropriação indébita a reparação do dano não tem o condão de afastar a tipicidade da conduta reputada como criminosa, apenas possibilitando a atenuação da pena.

A propósito, confira-se o teor do acórdão cuja ementa abaixo se transcreve:

"PENAL. HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE. REPARAÇÃO DO DANO. IRRELEVÂNCIA. PENA DE MULTA. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDO PARCIALMENTE.

1. Não há como conhecer da impetração que tem por objetivo a absolvição da paciente, seja pela atipicidade da conduta, seja pela inexigibilidade de conduta diversa, tendo em vista que a via estreita do habeas corpus não comporta análise de mérito do processo de conhecimento, porquanto não admite o exame aprofundado das provas produzidas por ocasião da instrução criminal.

2. "No crime de apropriação indébita, a reparação do dano por ato voluntário do agente, antes ou depois do recebimento da denúncia, não tem o condão de obstar a propositura da ação penal, prestando-se, apenas na primeira hipótese, a reduzir a pena eventualmente imposta ao réu" (HC 51.243/CE, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ de 9/4/07).

3. Segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de reconhecimento da continuidade delitiva, não incide o disposto no art. 72 do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005544-30.1998.4.01.3700 (1998.37.00.005650-8)/MA

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida em parte, apenas para redimensionar a pena de multa para 19 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato”

(STJ, HC 124.398/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado por unanimidade em 14/04/2009, publicado no DJe 18/05/2009).

Vislumbra-se, dessa forma, que, *data venia* de eventual ponto de vista em contrário, deve ser parcialmente reformada a v. sentença apelada, apenas para reduzir a pena-base de 03 (três) anos de reclusão para a pessoa de 02 (dois) anos de reclusão.

Sem circunstância agravante. Deixo de aplicar a circunstância atenuante do art. 65, III, b, do Código Penal, por já ter a reparação do dano sido considerada por ocasião da aplicação da pena, quando da valoração das consequências do crime (fl. 683).

Considerando que o réu, ora apelante, exercia a Presidência da Fundação Sôsândrade, a pena-base deverá ser aumentada em um terço, tornando-a definitiva em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, por força do disposto no inciso III, do § 1º, do art. 168, do Código Penal.

Nessa esteira, a pena de multa também deverá ser reduzida para 20 dias-multa (art. 49, do Código Penal), quantidade esta que deverá ser acrescida em 1/3 (um terço), totalizando 26 (vinte e seis) dias-multa, em razão do aumento previsto no inciso III, do § 1º, do art. 168, do Código Penal, mantendo o valor de cada dia-multa em 1/4 (um quarto) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, conforme determinado na v. sentença apelada.

O regime de cumprimento de pena é o aberto (art. 33, § 2º, c, do Código Penal).

Mantenho a v. sentença apelada, na parte em que apontou “(...) que o acusado não faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (...)” (fl. 684).

Diante disso, dou parcial provimento à apelação.

É o voto.

I'TALO FIORAVANTI SABO MENDES
Desembargador Federal
Relator