



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2020.0000932535**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000216-22.2017.8.26.0177, da Comarca de Embu-Guaçu, em que são apelantes/apelados CLODOALDO LEITE DA SILVA e ALECIO CASTELLUCCI FIGUEIREDO, é apelado MARCO AURELIO DO CARMO e Apelado/Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente sem voto), AUGUSTO DE SIQUEIRA E MARCELO GORDO.

São Paulo, 16 de novembro de 2020.

**CARDOSO PERPÉTUO**  
**Relator**  
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

voto número 48204

**Apelação Criminal nº 0000216-22.2017.8.26.0177**

(Proc. nº 0000216-22.2017.8.26.0177 - V. Única - Embu-Guaçu)

Apelantes/Apelados: CLODOALDO LEITE DA SILVA

ALÉCIO CASTELLUCCI FIGUEIREDO

Apelado: MARCO AURÉLIO DO CARMO

Apelante/Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

1- Ao relatório da r. sentença de fls. 2272/2293V e 2326/2327, acrescenta-se que **Clodoaldo Leite da Silva e Alécio Castellucci Figueiredo** foram condenados a cumprir, respectivamente, as penas de quatro (04) anos e um (01) mês de reclusão e cem (100) dias-multa e quatro (04) anos e oito (08) meses de reclusão e duzentos (200) dias-multa, fixado o valor das sanções pecuniárias à razão de cem (100) por cento do salário-mínimo na data dos fatos, corrigido monetariamente, a contar da mesma data, estabelecido o regime prisional semiaberto para ambos, um e outro, por infração ao artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, em continuidade delitiva. Absolvidos Clodoaldo Leite da Silva, Alécio Castellucci Figueiredo e Marco Aurélio do Carmo, os dois primeiros das acusações a si irrogadas por infração aos artigos 89 e 92 da Lei nº 8.666/93, nos termos do artigo 386, incisos III e VII, do



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Código de Processo Penal, e o último, de todas as acusações a si irrogadas, nos termos do artigo 386, incisos III e VII, do Código de Processo Penal. Decretada a perda do atual cargo de Clodoaldo Leite da Silva e Alécio Castellucci Figueiredo, pelo prazo de 05 anos, para o exercício de outro cargo ou função pública, salvo de natureza eletiva. Negado, ainda, o pleito de natureza indenizatória, considerando a existência de ação coletiva em trâmite a discutir a mesma causa de pedir.

**Alécio** apelou, por intermédio de defensores constituídos, os quais firmaram as razões de inconformismo, às fls. 2302/2309 e 2447/2472, alegando, **preliminarmente**, a ilegitimidade do Ministério Público, no caso concreto, para a instauração e condução de procedimento preliminar de investigação criminal. **No mérito**, sustenta que os serviços técnicos especializados fornecidos ao município de Embu-Guaçu de consultoria e assessoria tributária e jurídica justificaram a inexigibilidade de licitação, sem a existência de dolo ou má-fé em sua conduta, de modo a reconhecer que se faz necessária sua absolvição por falta de provas.

**Clodoaldo** apelou, por intermédio de defensor constituído, à fl. 2311, que firmou as razões de



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inconformismo, às fls. 2378/2400, alegando, em linhas gerais, a validade da contratação do escritório de advocacia de Alécio Castellucci Figueiredo sem a realização de procedimento licitatório, com parecer favorável da procuradoria do município de Embu-Guaçu no sentido da dispensa de licitação, ressaltando, ainda, decisões favoráveis à municipalidade e decisão favorável aos réus na ação de improbidade administrativa a si irrogadas.

**O Ministério Público** apelou, por intermédio de seu representante, Promotor de Justiça, às fls. 2330/2331, que firmou as razões de inconformismo, às fls. 2332/2356, alegando, em linhas gerais, que os apelados devem ser considerados incursos, nos termos do artigo 89 da Lei de Licitações, bem como condenados ao pagamento de valor de indenização mínimo para reparação dos danos causados pelas infrações penais no valor de R\$ 30.000,00 para cada réu em favor do município de Embu-Guaçu.

Os recursos foram contrariados, às fls. 2402/2404, 2406/2421, 2432/2440, 2502/2536 e 2558/2562; e a Procuradoria de Justiça, às fls. 2538/2548 e 2574V, opinou pelo provimento do recurso do Ministério Público e desprovimento dos apelos defensivos.



## É o relatório.

2- **Preliminarmente**, diversamente do pretendido pela defesa do acusado Alécio, não há que se falar em ilegitimidade do Ministério Público para atuar em investigação criminal. Nos termos dos artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, parágrafo 4º, todos da Constituição Federal, a investigação criminal não constitui atribuição exclusiva da polícia e referidas normas tampouco vedam os poderes de investigação do Ministério Público. Destaca-se que ao longo da instrução foram garantidos aos acusados os direitos assegurados pela Constituição Federal (ampla defesa e contraditório), além da observância ao devido processo legal.

A corroborar esse entendimento, deve ser citado o primeiro julgado firmado pelo pleno do STF, que reconheceu a prerrogativa do Ministério Público para atuar em investigações criminais: *"(...) 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: "O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição".*

*Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria". (RE nº 593727/MG,*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tribunal Pleno, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 08/09/2015).

Destaca-se que a matéria em questão é objeto de discussão em sede da ADI 3.034, a qual, atualmente, está sob análise e julgamento junto ao plenário virtual do Supremo Tribunal Federal. Ressalta-se, entretanto, que sua apreciação foi suspensa recentemente (17.08.2020), com pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes.

Assim, não obstante a combatividade da defesa do corréu Alécio, até que haja eventual decisão definitiva na referida ADI, prevalece a atual jurisprudência do STF que permite ao Ministério Público atuar diretamente em investigações criminais.

Nestes termos, a preliminar de nulidade deve ser rejeitada.

**No mérito**, as apelações devem ser desprovidas, como adiante se verá.

Com efeito, depreende-se dos autos que, entre as datas de 19 de agosto de 2009 e 03 de agosto de 2011, os acusados Clodoaldo (então prefeito do município de Embu-Guaçu), Alécio (sócio gerente da empresa





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Castellucci Figueiredo e Advogados Associados) e Marco Aurélio (então assessor jurídico da prefeitura municipal), em concurso de agentes, teriam desviado mensalmente rendas públicas em proveito da referida empresa e admitido prorrogação contratual em favor desta durante a execução do contrato inicial celebrado, sem autorização legal, tendo Alécio concorrido com tais práticas para a consumação dos aludidos crimes, enquanto Marco Aurélio teria concorrido para referidas infrações, mediante a emissão de parecer jurídico favorável à contratação da empresa Castellucci, ciente da ilegalidade de parte dos serviços contratados.

Pois bem, em que pesem as bem lançadas razões recursais oferecidas pelo Ministério Público e pelas defesas dos acusados, a respeitável sentença não merece qualquer reparo.

Um dos pontos fulcrais a analisar envolve a noção do delito descrito no artigo 89 da Lei nº 8.666/93. Há que se ressaltar que referida infração pune as condutas de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à sua inexigibilidade.

A dispensa e a inexigibilidade da licitação são





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

disciplinadas nos artigos 24 e 25 da mesma lei, que elencam, respectivamente, situações nas quais, embora possível a realização do certame, confere-se ao administrador público a possibilidade de contratação direta, e situações em que a competição é inviável em razão das circunstâncias particulares que envolvem o produto ou o serviço.

Há que se destacar, ainda, que a Lei nº 8.666/93 considera a advocacia – a qual envolve um amplo aspecto de atribuições, podendo ser destacado, por exemplo, o patrocínio ou defesa em causas judiciais e administrativas – como serviço técnico profissional especializado, nos termos de seu artigo 13, inciso V, o qual deve, preferencialmente, ser celebrado mediante concurso público, com estipulação prévia da remuneração aplicável ao cargo.

Em tese, uma vez descumpridas as normas que disciplinam a dispensa e a inexigibilidade, tipifica-se o delito do artigo 89 da indigitada Lei, no geral classificado como crime formal, isto é, que dispensa o resultado naturalístico (efetivo prejuízo ao erário), e que não se caracteriza por finalidade específica expressa.

Nestes termos, para a contratação direta de advogado, com dispensa de licitação, devem ser aferidas



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

circunstâncias especiais, as quais compreendem a singularidade do serviço e notória especialização do profissional.

Conforme se infere dos autos, a empresa Castellucci Figueiredo e Advogados Associados procurou a municipalidade de Embu-Guaçu e ofereceu os serviços de recuperação de créditos tributários, supostamente pagos indevidamente à União, por meio de expedientes administrativos e judiciais, tendo, em tese, demonstrado que tais práticas teriam sido prestadas com sucesso para outros municípios, os quais teriam atestado a notória especialidade da empresa para a recuperação de créditos tributários.

Em que pesem as alegações do Ministério Público, à época dos fatos, a recuperação de créditos fiscais indevidamente pagos à União não era uma atividade tão comum, o que se conclui inclusive pela grande quantidade de municipalidades que contrataram os serviços da empresa Castellucci no período dos fatos descritos na denúncia, o que também atesta o fato de que tal prática não era do domínio do departamento jurídico de Embu-Guaçu.

Não se pode deslembrar, entretanto, que o procedimento licitatório é classificado como um ato



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

administrativo composto, o qual para se aperfeiçoar depende de autorização, aprovação, proposta, parecer, laudo técnico, etc. Nestes termos, a dispensa de licitação depende de homologação pela autoridade competente para produzir efeitos. A homologação é o ato acessório, enquanto a dispensa é o ato principal.

Assim, a contratação foi realizada após parecer favorável do assessor jurídico Marco Aurélio, o qual opinou pela singularidade dos serviços e da especialidade da contratada.

Não obstante a combatividade do Ministério Público, deve ser destacado que o parecer proposto pelo acusado Marco Aurélio não era vinculante, como normalmente não o são todos os pareceres, os quais apenas atestam uma opinião de seu prolator.

Além disso, não se depreende das declarações firmadas pelos corréus em juízo, com exceção de Alécio, o qual foi declarado revel (cf. fls. 1790/1792 e 1922), que houvessem agido de má-fé para a contratação da empresa Castellucci, tampouco de que tinham a intenção deliberada de frustrar procedimento licitatório em conluio de agentes, o que, inclusive, restou concluído pelo resultado do processo administrativo



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

encabeçado pela comissão de sindicância da prefeitura de Embu-Guaçu, a qual concluiu pelo arquivamento do feito, porque não teria havido irregularidade administrativo funcional por parte dos servidores envolvidos, porque teriam agido de boa-fé (cf. fls. 1109/1119).

As demais testemunhas, ouvidas apenas em juízo, Alexandre Rainha, Priscila Aparecida, Danilo Atalla, Jean Carlos, José Luiz (cf. fls. 1727/1739), de maneira geral, teceram considerações sobre as circunstâncias envolvendo o processo de compensação tributária pretendida pela municipalidade de Embu-Guaçu, por sua dificuldade financeira naquele período, de modo a concluir que suas palavras, aliadas à negativa de autoria dos apelantes, bem demonstram que não existem indícios claros da prática de atos de corrupção por parte dos acusados, nos moldes do artigo 89.

Nestes termos, conforme bem ressaltado pelo Juízo *a quo*, a contratação inicial da empresa Castellucci com dispensa de licitação, fora regular, devendo ser mantidas as absolvições de Clodoaldo e Alécio pela prática do delito descrito no artigo 89 da Lei nº 8.666/93.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De igual modo, a absolvição de Marco Aurélio pela acusação da prática de todos os delitos descritos na denúncia era medida de rigor, porque não restou demonstrado seu conluio ou liame subjetivo com os demais acusados, como bem ressaltado na r. sentença.

Em relação ao crime de responsabilidade de prefeito, elencado no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, as responsabilizações de Clodoaldo e Alécio eram medidas de rigor.

Trata-se de delito funcional, de natureza formal, que se consuma independentemente da ocorrência de resultado naturalístico, consistente em prejuízo ao erário.

A discussão toda, como bem conclui o Juízo *a quo*, envolve dois aspectos relacionados aos serviços de recuperação de créditos tributários, supostamente pagos indevidamente à União, por meio de expedientes administrativos e judiciais, oferecidos por Alécio.

O referido serviço fora prestado por meio de compensações tributárias que poderiam se dar na esfera administrativa, de ofício por parte do contribuinte, ou judicialmente.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Como bem demonstrado na r. sentença, a autocompensação realizada na esfera administrativa era admitida à época dos fatos para tributos federais, mediante a apresentação da DCOMP, que consistia no ato de compensação lançado pelo contribuinte independentemente de prévia análise ou autorização administrativa. Uma vez apresentado tal documento à Receita Federal, operava-se ato assemelhado ao pagamento, produzindo efeitos de imediato, ação esta passível de fiscalização por aquele órgão para atestar ou não sua regularidade. Passado o período de 05 anos sem qualquer contestação pelo fisco, decai a possibilidade de rejeitar ou não a compensação realizada.

Relativamente às contribuições previdenciárias descritas nos autos, passíveis de compensação tributária na esfera administrativa, tal prática era admitida pela legislação então vigente, seguindo raciocínio semelhante aos tributos federais em geral, mas mediante a utilização de guias GFIP e DARF. Ressalta-se que, efetivamente, foram arroladas aos autos inúmeras guias GFIP, a indicar que o recorrente Alécio teria observado a sistemática da compensação administrativa estabelecida pela Receita Federal, a ensejar o reconhecimento de sua boa-fé nesse sentido (cf. fls. 140/148 do apenso do 1º



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

volume).

Por outro lado, há prova clara nos autos que outra parte das compensações tributárias efetuadas em nome da municipalidade era objeto de discussão judicial.

Nesse sentido, Alécio interpusera Mandado de Segurança junto à Receita Federal na data de 08 de junho de 2010 (cf. fls. 874/875), de modo a reconhecer que a partir do oferecimento de tal ação quaisquer das contribuições incidentes sobre a folha de pagamentos dos funcionários da prefeitura de Embu-Guaçu não poderiam ser compensadas administrativamente a partir de então, nos termos do artigo 170-A do Código Tributário Nacional. Há um ofício nos autos emitido pela Receita Federal (cf. fls. 2163/2164), o qual discrimina a realização de compensações tributárias no período englobado pelo mandado de segurança e esta circunstância, por si só, é suficiente para caracterizar o elemento normativo do tipo, na medida em que caracterizou flagrante ofensa à norma tributária, como bem aduziu o Juízo *a quo*.

Na verdade, há nos autos outros mandados de segurança interpostos por Alécio, desde o ano de 2009 (cf. fls. 838/840 e 841/876), a demonstrar que as





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contribuições previdenciárias objeto de ação judicial não poderiam ser objeto de compensação administrativa.

Pois bem, levando em conta o fato do acusado Alécio ser especialista na área, razão pela qual sabia da vedação à prática de autocompensação de contribuições previdenciárias quando objeto de ação judicial (mandado de segurança), restou demonstrado nos autos que em setembro de 2011, inexplicavelmente desistira de tal ação (Processo nº 0012763-51/2010) e, então, realizara autocompensação administrativa dos valores então objetos da referida ação judicial.

Denota-se dessa prática, portanto, sua má-fé a indicar que agira de forma livre e consciente para o desvio de verbas públicas, o que se deu por meio dos valores que lhe eram repassados a título de honorários incidentes sobre as quantias obtidas por meio de autocompensação (fato este entabulado por meio do contrato de Licitação nº 70/2009, cf. fls. 1133/1143), o que lhe era vedado pelo fato da matéria ser objeto de discussão judicial (cf. ordens de pagamento, às fls. 114/115 do apenso do 2º volume, dando conta de transferências ao acusado Alécio de valores oriundos do cálculo sobre as autocompensações apuradas em relação a contribuições objeto de contestação judicial).



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Deve ser destacado, ainda, que segundo o parecer formulado pelo corréu Marco Aurélio, os pagamentos dos honorários advocatícios devidos a Castellucci Advogados somente deveriam ocorrer *ad extum*, mediante compensação definitiva dos valores recuperados em favor da municipalidade (cf. fls. 369/374), de modo a concluir que o acusado Clodoaldo acabara por contratar os serviços de Alécio, sem observar a integralidade do referido parecer, assumindo todo o risco com o seu comportamento, permitindo o desvio de rendas públicas em proveito alheio.

Há que se considerar, ainda, que diante dos valores vultosos movimentados pelas autocompensações, era de se esperar maior rigor do então prefeito no entendimento e controle dos pagamentos repassados a Castellucci Advogados, em especial após a propositura de mandado de segurança (Processo nº 0012763-51/2010), quando as compensações passaram a ser ilegais. Era de se esperar que Clodoaldo, na posição de chefe do executivo municipal, na condição de gestor das contas, assumisse o dever de preservar os princípios da Administração Pública, em especial o da estrita legalidade.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, por todos os aspectos levantados, conclui-se que pelo menos os acusados Clodoaldo e Alécio teriam agido com dolo eventual, o qual, igualmente, configura o tipo penal em questão.

Por fim, em relação ao delito descrito no artigo 92 da Lei nº 8.666/93, há que se destacar que a jurisprudência prevalente tem exigido a demonstração de efetivo prejuízo ao erário e da necessidade de dolo específico, ou seja, a efetiva demonstração de alcance de pretensões particulares em detrimento do interesse público, o que, *data venia*, não restou demonstrado com a segurança necessária nos autos.

Além disso, como bem arguiu o Juízo *a quo*, referido delito restou absorvido pelo crime de desvio de rendas públicas, porque a prorrogação contratual, durante a execução do contrato inicial, tinha como objetivo a manutenção de outro crime, qual seja, o previsto no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67.

Com relação às penas, não há reparos a proceder. Na primeira fase da dosimetria, corretamente, as sanções impostas a Clodoaldo e Alécio foram exasperadas, respectivamente, nos percentuais de 1/6 e 1/3, em razão das consequências do delito e do elevado



PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

grau de culpabilidade de Alécio, porquanto teria realizado contrato semelhante com outra prefeitura, mesmo após expressa determinação judicial vedando tal prática nestes autos. Na segunda fase da dosimetria, corretamente, as penas impostas a Clodoaldo sofreram novo acréscimo no percentual de 1/6, por ter violado dever inerente ao seu cargo. Em relação a Alécio, de igual modo, prevalece a exasperação no percentual de 1/6, por ter violado dever inerente à sua profissão de advogado, porque, indevidamente, utilizara seus conhecimentos jurídicos para o alcance do desvio de rendas públicas. Por fim, as sanções impostas a ambos sofreram a exasperação no percentual de 1/2, eis que inúmeros pagamentos foram efetivados a Alécio após a impetração de mandado de segurança, quando a autocompensação era vedada por expressa determinação legal, devendo ser mantidas as sanções pecuniárias em todos os seus termos, levando em consideração a situação econômica dos réus e o prejuízo causado à prefeitura municipal de Embu-Guaçu.

Em relação à fixação do regime, tampouco há reparos a proceder. A imposição do semiaberto a ambos os apelantes observou a regra prevista no artigo 33, parágrafo 2º, alínea "b", do Código Penal, devendo, ainda, ser destacada a gravidade em concreto do delito



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

praticado.

Por fim, há que se rejeitar o pedido indenizatório formulado pelo Ministério Público, primeiro, porque embora tenha havido um pedido expresso nesse sentido na denúncia, certo é que ao longo da ação penal tal tese não foi desenvolvida pelo Ministério Público, tampouco pelas vítimas, de modo a reconhecer que eventual condenação nesse sentido, nesta instância, importaria em flagrante cerceamento ao contraditório e à ampla defesa. Segundo, porque, conforme ressaltado pelo Juízo *a quo*, há ação coletiva em trâmite a discutir a mesma causa de pedir na esfera cível, onde o tema pode ser debatido e julgado com a amplitude necessária.

Ante o exposto, **afasta-se a preliminar de nulidade e nega-se provimento às apelações.**

**CARDOSO PERPÉTUO**

RELATOR