

2272



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA  
RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guaçu - SP - CEP 06900-000  
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

**SENTENÇA**

Processo Físico nº: 0000216-22.2017.8.26.0177  
Classe - Assunto: Procedimento Investigatório Criminal (pic-mp) - Crimes de Responsabilidade  
Autor: Justiça Pública  
Indiciado: Clodoaldo Leite da Silva e outros

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Willi Lucarelli**

**VISTOS.**

**CLODOALDO LEITE DA SILVA, ALECIO CASTELUCCI FIGUEIREDO** e **MARCO AURÉLIO DO CARMO**, qualificados nos autos, foram denunciados como incurso no artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei n.º 201/67, na forma do artigo 70, *caput*, do Código Penal (24 vezes), em concurso material com o artigo 89 e 92 da Lei n.º 8.666/93.

Segundo a denúncia, entre 19 de agosto de 2009 e 03 de agosto de 2011, o denunciado CLODOALDO, Prefeito Municipal, em concurso com ALECIO, sócio gerente da empresa CASTELUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS, e MARCO AURÉLIO, assessor jurídico da Prefeitura Municipal, mediante uma ação, desviou, mensalmente, rendas públicas em proveito da referida empresa.

Segundo a inicial, no dia 19 de agosto de 2009, no município de Embu Guaçu, os denunciados inexigiram licitação fora das hipóteses previstas em lei e, ainda, na mesma data, admitiram a prorrogação contratual em favor da adjudicatária durante a execução do contrato celebrado com o Poder Público, sem autorização em lei.

Nos termos da inicial, o denunciado ALECIO, por meio de sua empresa, concorreu para a consumação dos crimes, eis que destinatária do dinheiro público decorrente da contratação ilegal e adjudicatária do serviço contratado mediante inexigibilidade da licitação, além de beneficiária da prorrogação contratual.

Nos moldes da inicial, o denunciado MARCO AURÉLIO também concorreu para

**0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 1**

010.096.076.045

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por WILLI LUCARELLI. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.jsp.jus.br/esaj>. informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X00000000131.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE EMBU-GUAÇU**  
**FORO DE EMBU-GUAÇU**  
**VARA ÚNICA**

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

os crimes, eis que, no exercício de seu cargo de assessor jurídico, emitiu parecer jurídico favorável à contratação de CATELUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS, ciente da ilegalidade de parte dos serviços contratados e, ainda, opinou favoravelmente pela inexigibilidade da licitação.

A denúncia foi oferecida junto ao Egrégio Tribunal de Justiça, em razão do foro especial do denunciado CLODOALDO LEITE DA SILVA, então Prefeito Municipal.

Na mesma oportunidade, o Ministério Público requereu a decretação de prisão preventiva de ALECIO, com fundamento no artigo 312, caput, do Código de Processo Penal, para garantia da ordem pública e econômica.

Regularmente notificados, os denunciados apresentaram as respectivas respostas. Em seguida, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela decretação da prisão preventiva de ALECIO ou fixação de medida cautelar, consistente em proibição de firmar contratos ilegais.

Em 16 de julho de 2015, a denúncia foi recebida pela 8ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, fixando-se em desfavor de ALECIO medida cautelar impeditiva que efetuassem novas contratações com entes públicos da mesma natureza da constante da denúncia, enquanto persistir o trâmite processual do feito, nos termos do artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Em meio ao trâmite processual em Segunda Instância, o Ministério Público oficiante junto ao Egrégio Tribunal de Justiça pugnou pelo decreto de prisão preventiva do denunciado ALECIO.

Instado a apresentar manifestação, o denunciado negou as imputações, sendo certo que, neste meio tempo, foi cessada a competência da 8ª Câmara de Direito Criminal, uma vez que o denunciado CLODOALDO deixou o cargo de Prefeito do Município de Embu Guaçu em 31/12/2016.

Os autos foram recebidos e redistribuídos em 09 de fevereiro de 2017 à Primeira



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU

FORO DE EMBU-GUAÇU

VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2243

Instância, tendo sido autuados sob nº 0000216-22.2017.8.26.0177, dando-se vista ao Douto Promotor de Justiça oficiante nesta Vara, que ratificou o pedido de prisão preventiva do paciente.

Em 03 de março de 2017, o pedido de prisão preventiva foi indeferido, fixando-se medida cautelar de fiança no valor de R\$ 355.000,00 (trezentos e cinquenta e cinco mil reais), em montante a ser recolhido no prazo de 30 (trinta) dias.

Na data de 11 de maio de 2017, foi proferida decisão no Habeas Corpus nº 0015325-25.2017.8.26.0000, concedendo parcialmente a ordem para reduzir a fiança fixada para o montante de 50% do valor arbitrado, mantidas as demais cautelares estabelecidas.

Na mesma assentada, diante do decurso do prazo para o pagamento da fiança, entendemos por bem deferir o pedido do Ministério Público, para o fim de decretar a prisão preventiva do denunciado ALECIO.

Até então, o denunciado não foi localizado para fins de cumprimento do mandado de prisão expedido.

No mais, durante a instrução processual, foram ouvidas quatro testemunhas de acusação, duas testemunhas de defesa e, em seguida, os réus foram interrogados. O réu ALECIO foi declarado revel (fls. 1.945).

Em alegações finais, o Ministério Público, em síntese, pugnou pela condenação dos denunciados, sob os seguintes argumentos: a) há inúmeras provas da contratação, da prorrogação contratual e dos pagamentos efetuados ao escritório, configurando a materialidade delitiva; b) o Município compensou R\$ 8.720.000,00, sem demonstrar a composição, validade e origem dos créditos; c) o Tribunal de Contas julgou irregulares a contratação e o termo aditivo, sendo certo que a contratação foi efetuada fora das hipóteses legais; d) a reclassificação da alíquota da contribuição da RAT poderia ser efetuada pelos órgãos municipais; e) a discussão sobre a base de cálculo das contribuições previdenciárias poderia ser efetuada pela Procuradoria Jurídica ou, na impossibilidade, por escritórios de advocacia, contratados mediante licitação; f) o denunciado CLODOALDO cometeu ato falho, dizendo que talvez não era a única empresa que

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 3

010.096.076.045

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por WILLI LUCARELLI. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X00000001131.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE EMBU-GUAÇU**  
**FORO DE EMBU-GUAÇU**  
**VARA ÚNICA**  
**RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000**  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

prestava este tipo de serviço; g) o denunciado MARCO AURÉLIO afirmou que não fez pesquisa prévia de preços; h) não havia pressupostos a indicar necessidade de urgência na contratação; i) não houve pesquisa de referências sobre os profissionais especializados do escritório; j) o curto espaço de tempo entre a apresentação das propostas, dos pareceres e da contratação estão a indicar que a contratação foi direcionada; l) a formação e os cargos dos envolvidos são peculiaridades que indicam que atuaram com manifesto dolo; m) o Egrégio Tribunal de Justiça, nos autos do Processo n.º 0001916-43/2011, reconheceu, por maioria, a ocorrência de atos de improbidade administrativa pelos fatos descritos com a inicial; n) o denunciado MARCO AURÉLIO, ao dar parecer genérico, atuou como cúmplice do ato doloso; o) o escritório em tela elaborou engenharia jurídica, de modo a justificar a inexigibilidade da contratação, no entanto, os serviços ofertados, notadamente com base em auto-compensação, eram ilegais; p) a ação judicial para a declaração de inexigibilidade foi proposta por outro escritório de advocacia; q) os denunciado CLODOALDO e ALECIO, mesmo após tomarem conhecimento de que a compensação estaria condicionada ao trânsito em julgado, continuaram a promover compensações antecipadas; r) a conduta descrita pelo artigo 89 da Lei n.º 8.666/93 está a exigir apenas dolo genérico; s) acerca do parcelamento efetuado pela Municipalidade, foi ajuizada ação de improbidade administrativa, autuada sob o número 1001683-53/2016; t) ao prorrogarem indevidamente os contratos, os denunciado acabaram por violar o disposto no artigo 92 da Lei n.º 8.666/93; u) houve pagamento de honorários antes do reconhecimento da legalidade das auto-compensações; v) o crime de responsabilidade está a exigir dolo genérico; x) o dolo resta ainda mais reforçado, pois houve descumprimento de determinação judicial; z) participação de terceiro escritório e sonegação de tributos. Por fim, requer a fixação do regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena.

A Defesa de MARCO AURÉLIO, por sua vez, em forma de alegações finais, pugnou pela sua absolvição, sob os seguintes argumentos: a) o fato descrito com a inicial é atípico, pois o parecer jurídico é apenas opinativo e não vinculante; b) a matéria controvertida é controvertida, inclusive entre membros do Ministério Público, sendo certo que é tema de repercussão geral; c) os embargos infringentes interpostos nos autos do Processo n.º 0001916-43/2011 foram acolhidos; d) o procedimento de sindicância instaurado no âmbito da Municipalidade foi arquivado; e) o parecer condicionou o pagamento dos honorários advocatícios apenas ao êxito da demanda; f) existe parecer jurídico de renomado jurista, dando conta da legalidade da contratação do escritório em questão; g) apenas em casos excepcionais o parecerista



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2274

pode ser responsabilizado; h) não opinou pelo pagamento dos honorários advocatícios sobre as auto-compensações realizadas; i) não houve erro grosseiro, dolo ou má-fé, sendo certo que os serviços foram devidamente prestados.

A Defesa de CLODOALDO apresentou alegações finais, manifestando-se pela sua absolvição, sob os seguintes fundamentos: a) após a proposta inicial, houve duas complementações, acompanhadas de farta quantidade de informações, ofertadas ao exame da Administração Municipal; b) após parecer favorável e graves problemas de caixa da Municipalidade, o escritório foi contratado, sendo certo que impetrou mandados de segurança, notadamente em agosto e outubro de 2009; c) a tese defendida pela Municipalidade foi acolhida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região; d) por conta do sucesso da demanda, o contrato foi aditado; e) a dispensa de licitação foi correta, eis que o comunicado proibitivo do Tribunal de Contas foi posterior à contratação; f) o Ministério Público não comprovou haver outros escritórios de advocacia especializados neste tipo de trabalho; g) como consequência do item anterior, incumbia à acusação demonstrar que os órgãos Municipais possuíam condições técnicas de realizar o trabalho, ao revés, a prova testemunhal comprovou a escassez de servidores; h) os crimes previstos na Lei de Licitações estão a demandar a ocorrência de ilícito administrativo; i) não houve ilícito administrativo, eis que era impossível o concurso de competidores no certame, ainda mais porque o escritório em questão era singular e diferenciado; j) o Egrégio Tribunal de Justiça reconheceu a inexistência de ato de improbidade administrativa na hipótese em tela; l) existe uma contradição na denúncia, eis que, por um lado, afirma que os serviços não eram de advocacia, no entanto, por outro lado, deixa claro que as demandas foram interpostas por escritório de assessoria jurídica; m) relativamente aos delitos previstos pela Lei de Licitações, não houve comprovação do dolo, principalmente porque o denunciado cumpriu o parecer técnico; n) a inexistência de dolo vem comprovada pelo fato de o Tribunal de Justiça ter rejeitado as suas contas apenas neste aspecto; o) não houve desvio de dinheiro em favor do denunciado e 128 Prefeituras firmaram o mesmo contrato; p) as acusações contra o denunciado ALECIO são todas posteriores ao presente feito.

A Defesa de ALECIO apresentou alegações finais, pugnando pela improcedência da demanda, sob os seguintes argumentos: a) os crimes previstos na Lei de Licitações estão a exigir dolo específico; b) os delitos são materiais, de modo que requer a efetivação de prejuízo ao

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 5

010.096.076.045

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por WILLI LUCARELLI. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X000000001131.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

erário; c) a contratação junto à Municipalidade foi precedida de parecer jurídico; d) o serviço ofertado era singular e de notória especialização; e) versando sobre os mesmos fatos, embora as partes sejam diversas, o Egrégio Tribunal de Justiça reconheceu pela inexistência de improbidade administrativa; f) o Egrégio Tribunal de Justiça reconheceu a inexistência de ato de improbidade administrativa na hipótese em tela; g) a conduta descrita pelo artigo 89 da Lei n.º 8.666/93 é atípica, pois não houve acerto entre os agentes e o contrato foi efetivamente celebrado, pago e executado.

**DECIDO.**

**A ação penal merece parcial acolhida.**

**DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 89 DA LEI N.º 8.666/93;**

Com efeito, o artigo 89 da Lei n.º 8.666/93 assim dispõe:

*“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.”*

Como se vê, a nosso ver, cuida-se de delito formal, cuja consumação ocorre com a conduta de afastar a realização do procedimento licitatório, fora das hipóteses legais ou sem observar as regras para a sua configuração.

É que, neste particular, o legislador buscou proteger a moralidade administrativa, a legalidade, a impessoalidade e, ainda, o direito subjetivo dos licitantes ao procedimento formal previsto em lei (Superior Tribunal de Justiça, RESP n.º 1073676/MG, 5ª Turma, j. 23/02/2010, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho).

Neste sentido, a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consoante aresto que passo a transcrever:





2295

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA  
RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000  
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA.  
SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO.  
IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL  
PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...).

DISPENSA DE LICITAÇÃO (ART. 1.º, INCISO XI, DO  
DECRETO-LEI N.º 201/67). DELITO FORMAL.  
CONSUMAÇÃO NO ATO DA CELEBRAÇÃO DO  
CONTRATO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA  
ESTATAL NA MODALIDADE RETROATIVA. LAPSO  
TRANSCORRIDO ENTRE A DATA DOS FATOS E O  
RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA  
PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O delito tipificado  
no art. 1.º, XI, do Decreto-Lei n.º 201/67, assim como o de  
dispensa ou inexigibilidade de licitação, previsto no art. 89 da  
Lei n.º 8.666/93, consuma-se no exato momento em que é  
celebrado o contrato sem que lhe tenha precedido o  
procedimento licitatório, quando exigido por lei, sendo certo que  
eventual entrega do bem ou conclusão da obra contratada se  
constitui em mero exaurimento da conduta. Precedentes STJ.

(...).

5. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício para  
declarar extinta a punibilidade do paciente, nos autos da Ação  
Penal n.º 0006482-74.2010.4.05.8200, em razão da prescrição da  
pretensão punitiva estatal, estendendo-se os efeitos desta decisão  
aos corréus LUIZ CARLOS CAVALCANTI e SARA MARIA  
FRANCISCA MEDEIROS CABRAL. (STJ, HC 240144/PB, 5ª  
Turma, j. 22/04/2014, Rel. Ministro Jorge Mussi)." (grifo nosso).

No mesmo sentido desta orientação, os seguintes precedentes do Egrégio Superior  
Tribunal de Justiça: HC 109039/BA, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 30/06/2011;  
AgRg no Ag 127319/SP, Quinta Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, DJe de 19/12/2011; REsp  
1185750, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 22/11/2010; AgRg no REsp 1094785/DF,  
Sexta Turma, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 09/11/2011, HC 159896/RN,  
Sexta Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RJ), DJe de  
15/06/2011; HC 171152, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 21/09/2010.

A doutrina não destoia deste entendimento, consoante trecho que passo a  
transcrever:

"Como já mencionamos na análise do núcleo do tipo, dispensar  
e inexigir são verbos correlatos, que implicam em se desobrigar

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 7

010.096.076.045

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por WILLI LUCARELLI. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

*de algo. Na essência, pois, o que acontece é a realização de algum tipo de contrato administrativo (compra, venda, realização de obra, serviço etc), sem o respeito ao procedimento legal de escolha da proposta mais vantajosa à Administração e de modo imparcial. Logo, há ação tanto quando se dispensa como quando se inexige a licitação. Somente na forma deixar de observar configura-se o lado omissivo da infração penal, pois envolve abrir mão de seguir um procedimento qualquer ligado à dispensa e à inexigibilidade; instantâneo (a consumação se dá em momento determinado); de perigo abstrato (independe de qualquer lesão ao bem jurídico tutelado); unissubjetivo (pode ser cometido por só agente); plurissubstistente (cometido por intermédio de vários atos), ou unissubstistente (cometido num único ato), conforme o meio eleito pelo agente; admite tentativa na forma plurissubstistente." (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - 5ª Edição. São Paulo: RT, 2010, pág. 897).*

Não se desconhece a existência de precedente, lançado nos autos da APN 480/MG, j. 29/03/2012, Rel. para Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, dando conta de que a configuração do delito estaria a demandar uma *"consequência patrimonial, consubstanciada no prejuízo ao erário."*

No entanto, analisando o interior teor do julgado, verifica-se, claramente, que não se tratou de qualquer mudança de entendimento, mas apenas de aplicação da lei às peculiaridades do caso.

A este respeito, transcrevo os seguintes trechos do voto condutor da divergência:

*"Pois bem, após análise da jurisprudência pátria acerca do tema em debate, passo a considerar, neste momento, algumas peculiaridades do caso concreto."*

*Na hipótese, não se pode relevar, de todo modo, as seguintes situações: primeiro, que o contrato realizado, apesar de irregular, é de relativo e pequeno montante, no valor de R\$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais); segundo, que é de difícil constatação o real prejuízo à municipalidade, tendo em vista que os orçamentos apresentados para efeito de comparação não diferem, de maneira desproporcional, dos orçamentos apresentados pela pessoa jurídica contratada; e terceiro, que verifica-se inviável, neste momento, confrontar a quantidade e qualidade dos serviços que seriam prestados por outros eventuais licitantes. Desta forma, ressalvando o meu entendimento acerca do tema, e em atenção ao decidido pelo Plenário da e. Suprema Corte nos autos da Ação Penal nº 527/PR, bem como por esta e.*





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Corte Especial nos autos das Ações Penais nº 261/PB, 375/AP e 330/SP, anteriormente mencionadas, e repito, considerando as peculiaridades deste caso, peço vênua à em. Ministra relatora, para divergir parcialmente, julgando improcedente a denúncia.

O próprio relator para acórdão, Ministro Cesar Asfor Rocha, pugnou pela improcedência da denúncia, ao fundamento de que não havia dolo específico de ocasionar dano, não fazendo qualquer menção à natureza material do delito em questão, mesmo como decorrência lógica.

A este respeito, transcrevo trecho da conclusão do voto lançado:

*“Assim, no tocante ao delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, comprovada a ausência de dolo específico, a ação penal não enseja a condenação da ré.” (grifo nosso).*

Portanto, os precedentes que foram lançados posteriormente no âmbito daquela Egrégia Corte Superior, a nosso ver, foram fundados em acórdão que não alterou qualquer entendimento anteriormente lançado, porquanto cingiu-se apenas às peculiaridades do caso.

De tal sorte que, com respeito às opiniões em contrário, não houve nenhum julgamento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, de modo a, como regra geral, pacificar este entendimento, ficando a posição restrita às Turmas daquele Tribunal Superior.

Tanto é assim, que o próprio Colendo Supremo Tribunal Federal, em seus mais recentes julgados, passou a entender que se trata de crime formal, a prescindir da ocorrência de dano.

Neste norte, os seguintes arestos: AP n.º 971, Relator Ministro Edson Fachin, DJe de 11/10/2016; AP n.º 946, Relator Ministro Marco Aurélio, julgada em 30/8/2016, com acórdão ainda pendente de publicação.

Assim, na esteira da ausência de qualquer entendimento vinculante ou prevalente na seara de nossos Tribunais Superiores, a nosso ver, o tipo penal, da forma como exposto pelo legislador, não está a exigir a ocorrência de efetivo prejuízo ao erário público.

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 9

010.096.076.045

2276  
Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X0000000131.

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por WILLI LUCARELLI. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X0000000131.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE EMBU-GUAÇU**  
**FORO DE EMBU-GUAÇU**  
**VARA ÚNICA**  
**RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000**  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

Portanto, cuidando-se de delito que não depende de resultado material, bastaria apenas o dolo genérico de dispensar e inexigir a realização do certame licitatório, ciente o agente público de sua obrigação de realizá-lo.

Não havendo espaço para o dolo específico, que estaria ligado a uma intenção especial que ultrapassa o fato material descrito no tipo, diretamente relacionada ao desígnio de causar prejuízo ao erário ou violar a moralidade, isonomia e legalidade.

Na verdade, a nosso ver, esta conclusão decorre da análise da literalidade do dispositivo, que não está a mencionar nenhuma finalidade específica de produzir prejuízo.

Nestes termos, não se nega que seja sempre bastante difícil a prova do elemento subjetivo, assim é possível inferir essa ciência da própria conduta do agente, dos fatos circunstanciais que envolvem a infração e principalmente pela existência de prévia estratagemas entre os envolvidos.

No âmbito da legislação internacional, devidamente ratificados pelo Brasil, a Convenção de Viena, de Palermo e a de Mérida determinam que o elemento anímico seja determinado levando-se em conta as circunstâncias fáticas objetivas do caso.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, no famoso julgamento da Ação Penal n.º 470, deixou esta questão muito clara no sentido de aceitar os indícios como forma de provar a existência do dolo.

Desse modo, a comprovação do dolo genérico passará pela análise dos indícios e dos fatos que, **somados**, envolveram a infração, para fins de enquadramento na conduta descrita pelo artigo 89 da Lei n.º 8.666/93.

Fixadas estas premissas, a prova vinda aos autos não foi suficiente a demonstrar, com a segurança necessária, a ocorrência do delito em tela, **não servindo de fundamento para eventual édito condenatório.**

**O denunciado CLODOALDO, na fase judicial, negou o ocorrido, alegando, em**



2277

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA  
RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000  
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

síntese, que foi procurado pelo Secretário de Administração, que acabou por sugerir uma proposta de recuperação financeira.

O acusado disse, também, que recebeu um advogado, juntamente com o Secretário de Administração, sendo certo que, por entender vantajoso para a Municipalidade, pugnou pela manifestação do Secretário de Assuntos Jurídicos.

O acusado afirmou, ainda, que não se recorda sobre as prorrogações contratuais, de modo que sabia que a contratação deu-se por inexigibilidade de licitação, com parecer favorável da assessoria jurídica.

Em arremate, o denunciado deixou claro que nunca manteve contato com o denunciado ALECIO.

Por sua vez, o denunciado MARCO AURÉLIO, na fase judicial, negou o ocorrido, aduzindo, em síntese, que seu parecer jurídico foi apenas opinativo, de modo que teve o cuidado de consignar que a compensação deveria ser realizada apenas com o trânsito em julgado.

O acusado disse, ainda, que se convenceu de que se tratava de projeto diferenciado, sendo certo que o Secretário de Administração e o Prefeito Municipal deram-lhe conta do projeto.

O denunciado ALECIO deixou de exercer o direito à auto-defesa.

Contudo, os elementos de prova trazidos não demonstraram que as versões trazidas são inverossímeis, de modo que os denunciados CLODOALDO, MARCO AURÉLIO e ALECIO, cientes de sua obrigação de realizar, dispensaram o certame licitatório.

Neste sentido, a prova documental carreada aos autos e, essencialmente, a prova oral produzida, não demonstraram que as partes tinham a finalidade de frustrar a licitação, inexistindo elementos de que tenha havido qualquer estratégia entre os envolvidos.

A respeito da prova oral, a testemunha ALEXANDRE RAINHA, na fase judicial,

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 11

010.096.076.045



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE EMBU-GUAÇU**  
**FORO DE EMBU-GUAÇU**

**VARA ÚNICA**

**RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guaçu - SP - CEP 06900-000**

**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

disse que era vereador à época, sendo certo que formulou requerimento solicitando informações acerca da contratação do escritório em tela, de modo que, como foi rejeitado em plenário, encaminhou o pleito ao Tribunal de Contas.

A testemunha PRISCILA APARECIDA, então Procuradora Municipal, na fase judicial, disse que recebeu pedido de informações do Ministério Público Federal sobre os serviços prestados e a empresa contratada, de forma que não conhece qualquer dos envolvidos.

Relativamente às compensações tributárias, afirmou que houve um procedimento de sindicância, no entanto, não soube sobre o deslinde, não tendo outro conhecimento sobre o deslinde em outra esfera.

A testemunha DANILO ATALLA, Procurador Geral Municipal após os fatos, na fase judicial, afirmou que teve conhecimento no momento em que a contratação já tinha sido efetivada.

A testemunha JEAN CARLOS, na época Secretário de Cultura, na fase judicial, disse que nada soube sobre a contratação em questão e que conheceu o Secretário de Administração ADAUTO, reafirmando que nunca presenciou qualquer atitude imoral por parte do denunciado CLODOALDO.

A testemunha confirmou, inclusive, a situação financeira difícil da Municipalidade e a orientação do denunciado no sentido de reduzir gastos.

A testemunha de defesa JOSE LUIZ, na época Supervisor de Ensino, na fase judicial, afirmou nada saber sobre os fatos, deixando claro que nada sabe que desabone a conduta do denunciado CLODOALDO.

Como se vê, a prova oral pouco ingressou nesta seara, de modo que ficou restrita a aspectos relacionados à situação econômica da Municipalidade e circunstâncias envolvendo a compensação tributária ocorrida.

Da mesma forma, a prova documental acostada não atestou qualquer indicativo de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE EMBU-GUAÇU

FORO DE EMBU-GUAÇU

VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2278

que houve algum combinado anterior, sendo certo que, neste particular, a própria denúncia já aponta não existir indícios de corrupção, a envolver os denunciados.

Relativamente à prova documental, a circunstância desfavorável à Defesa é o fato de a contratação ter ocorrido de forma, realmente, muito célere, como se vê da análise das datas constantes da carta enviada pelo escritório (fls. 03/10 do apenso ao 1º volume), da data do parecer elaborado pelo denunciado MARCO AURÉLIO (fls. 24 do apenso ao 1º volume e 1.120/1.125), da data dos contratos firmados e editais publicados (fls. 26, 27/32, 183/185, 224/234, 237, 390/393 e 394 do apenso ao 1º volume) e da data do empenho dos valores (fls. 14 do apenso ao 1º volume).

No entanto, para os fins do presente tipo penal, esta peculiaridade é diminuta, pouco suficiente para fazer concluir para a existência de conluio e liame entre as partes envolvidas, ainda mais considerando os informes de que o Secretário de Administração foi o responsável pela aproximação entre as partes, pessoa sequer denunciada.

Ao revés, tudo está a indicar que a contratação ocorreu por iniciativa exclusiva do requerido CASTELLUCCI FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS. Neste sentido, os documentos acostados às fls. 03/10 do apenso ao 1º volume, nos quais o requerido oferece seus serviços para a Prefeitura Municipal.

Não havendo qualquer prova, ainda que indiciária, acerca da existência de vínculo anterior entre as partes envolvidas, a comprovar a ocorrência de motivação escusa na contratação e fazer concluir pela existência de dolo na conduta dos denunciados.

Acresça-se que, ao menos a contratação inicial, ocorreu dentro dos ditames legais, não havendo qualquer imperfeição formal no procedimento e, em especial, no procedimento de inexigibilidade da licitação.

Neste sentido, cabe salientar que houve regular procedimento administrativo a este respeito, de modo a subsidiar a contratação, que contou, ademais, com parecer jurídico prévio, como se vê dos documentos juntados (fls. 141/330 e 332/543 ao apenso ao 2º volume).

Na verdade, eventual ausência de formal pesquisa de preços, neste caso em

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 13

010.096.076.045

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por WILLI LUCARELLI. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X0000000131.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA  
RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

particular, acaba por se tornar questão que não tem o condão de influir no deslinde da demanda.

Essencialmente porque não ficou demonstrado que os contratos firmados e seus respectivos aditamentos (fls. 27/32, 183/185, 224/234 e 390/393 do apenso ao 1º volume), no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), mais percentual sobre o êxito (fls. 79/89 e 100/105 do apenso ao 8º volume), não correspondem à natureza dos serviços prestados ou, ainda, destoou do valor de mercado para a época.

Acresça-se que não há como reconhecer que o objeto contratual, em especial no caso da forma como se davam as compensações, segundo a denúncia, por meio de "ensinamentos aos servidores" (fls. 12-D – segundo parágrafo), não se relacionava com a atividade advocatícia.

Na medida em que, analisando os contratos e aditamentos firmados, verifica-se que esta atribuição, de certa forma, está englobada no conceito de consultoria, serviço que foi devidamente contratado.

De mais a mais, não há como negar que a ação de improbidade administrativa, neste específico ponto, foi julgada improcedente e, recentemente, mantida, após o acolhimento dos embargos infringentes interpostos no âmbito do Tribunal de Justiça.

Esta circunstância, inegavelmente, está a produzir efeitos no presente processo, de sorte a não permitir outro entendimento, a não ser o afastamento da questão da ilegitimidade do reconhecimento da singularidade dos serviços e da experiência técnica do escritório contratado.

Não havendo margem para a condenação dos denunciados, a incluir o denunciado MARCO AURÉLIO, responsável pelo parecer jurídico que baseou as contratações.

É certo que o parecer lançado é ato administrativo não vinculante, no entanto, o que não quer significar, por si só, que o advogado parecerista automaticamente está isento de qualquer responsabilidade.

Na medida em que a comprovação da existência de desvio de finalidade ou de conluio entre as partes são peculiaridades que têm o condão de afastar este caráter opinativo do





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2279

parecer e vinculá-lo ao ato praticado.

Neste sentido, confira-se o seguinte julgado do Colendo Supremo Tribunal

Federal:

*"PENAL E PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 41 E 395 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 89 E 92 DA LEI 8.666/1993 E NO ARTIGO 312, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. EXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. Não é inepta a denúncia que expõe de forma compreensível e coerente os fatos e todos os requisitos exigidos, permitindo ao acusado a compreensão da imputação e, conseqüentemente, o pleno exercício do seu direito de defesa, como exigido por esta Corte (AP 560, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 11/6/2015; INQ 3204, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 3/8/2015). 2. Além da presença dos requisitos do art. 41 do CPP, está presente a "justa causa" para a ação penal (CPP, art. 395, III), analisada a partir de seus três componentes – tipicidade, punibilidade e viabilidade –, de maneira a garantir a presença de um "suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria" (Inq. 3.719, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 30/10/2014). 3. A alegação de ausência do dolo, na fase de recebimento da denúncia, só pode ser acolhida quando for demonstrável *ictu oculi*, conforme reiterados pronunciamentos desta Suprema Corte (Inq. 3.331, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe de 4/4/2016; Inq. 3672, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 14/10/2014; Inq. 3344, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 27/8/2014; Inq. 2126, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, DJe de 26/4/2007). 4. O fato de a dispensa de licitação e do aditamento do contrato terem sido precedidos de parecer jurídico não é suficiente para afastar o dolo quando há indícios que apontam para a existência de desvio de finalidade ou de conluio com o parecerista, a sinalizar para a plena consciência do agente acerca da ilegalidade da dispensa licitatória e da modificação contratual perpetradas. Presença, nos autos, de prova da materialidade e de indícios de autoria da prática dos crimes dos arts. 89, caput, e 92, caput, da Lei de Licitações. 5. O pagamento antecipado, ao arrepio da lei, da totalidade do valor de aditivo contratual celebrado irregularmente, poucos dias após a sua assinatura e antes de realizadas as obras públicas objeto do liame jurídico-administrativo, permite a formulação inicial de um juízo positivo de tipicidade do crime de peculato-desvio, previsto no art. 312, caput, segunda parte, do Código Penal, o que também autoriza o*

Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X0000000131.

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 15

010.096.076.045



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

*recebimento da denúncia, no ponto. 6. Denúncia integralmente recebida.*

*(Inq 3621, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 28/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 22-06-2017 PUBLIC 23-06-2017)."*

No caso em exame, contudo, como acima exposto, nenhum elemento de prova há neste sentido, de modo a vincular o denunciado MARCO AURÉLIO a qualquer conluio ou liame com os demais denunciados, **de modo que, por conseguinte, inclusive, é o caso de sua absolvição pelos demais crimes.**

Em suma, mesmo considerando as circunstâncias da conduta e da imputação, não há provas seguras e firmes de que os denunciados atuaram dolosamente, principalmente tendo em vista a inexistência de provas a demonstrar que ocorreu estratagemas entre os envolvidos.

De tal sorte que, ausente comprovação de que os denunciados, deliberadamente, acabaram por inexigir certame licitatório fora das hipóteses legais e em inobservância das regras para a sua configuração, **a absolvição é medida que se impõe.**

**DO CRIME DE RESPONSABILIDADE:**

Com efeito, o artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei n.º 201/67 assim dispõe:

*"Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: (...).*

*1 - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou **desviá-los em proveito próprio ou alheio;**" (grifo nosso).*

Como se vê, o crime consiste em alterar o destino ou aplicação, dando ao bem público destinação distinta daquela exigida, em proveito próprio ou alheio, em clara violação dos princípios éticos e morais que devem reger a Administração Pública.

Trata-se de delito que se assemelha à figura do peculato desvio, previsto no artigo 312 do Código Penal, com a diferença de que apenas pode ser praticado por Prefeito Municipal, por ato doloso e relativamente a bens móveis e imóveis.

2280



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE EMBU-GUAÇU

FORO DE EMBU-GUAÇU

VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

A respeito do crime em tela, a doutrina assim estabelece:

*"O crime aqui descrito consiste no desvio ou apropriação de bens públicos em proveito de terceiros que não a coletividade que efetivamente deve ser a destinatária dos recursos públicos. Trata-se de figura semelhante ao peculato previsto no artigo 312, do Código Penal, importando apenas três diferenciações: a primeira, com relação ao sujeito passivo, que só pode ser o chefe do poder executivo municipal; a segunda, com relação à não-existência de modalidade culposa, punível apenas o fato doloso; e, por último, que a apropriação refere-se a bens móveis e imóveis, e o peculato estaria adstrito somente à caracterização no caso de bens móveis; portanto este tipo penal é um alargamento do peculato que lhe é originário. (...). Apesar de ser considerado crime de mão própria, nada impede a possibilidade de co-autoria, pois o agente que de qualquer forma contribua para o crime em testilha, responde nas penas a ele cominadas, desde que haja a participação do prefeito no desvio financeiro" (Leis Penais Especiais Anotadas, Ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 314)."*

Neste sentido, tal como no caso do peculato, não há que se cogitar da configuração do crime quando o desvio é perpetrado em favor da própria Administração Pública, ocasião em que, a depender das peculiaridades do caso, restará caracterizado o crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas.

De mais a mais, trata-se de delito funcional, de natureza absolutamente formal, que se consuma independentemente da ocorrência de resultado naturalístico, consistente nos prejuízos ao erário com o desvio ocorrido.

Relativamente à natureza formal do crime em questão, a doutrina não destoia deste entendimento, consoante passo a transcrever:

*"Os crimes definidos neste artigo, dispensam a valoração do resultado para a tipificação do delito, não importando se o dano causado ao erário ou ao patrimônio público foi de maior ou menor monta. O que interessa indagar é se o agente, ao praticar o ato definido neste artigo como crime de responsabilidade, agiu em prol do interesse público, ou, ao contrário, para satisfazer interesse pessoal ou de terceiros. Naquele caso, ou seja, no interesse da Administração, o procedimento do agente, conquanto irregular, não terá caracterizado crime, não sendo, pois, punível" (MASCARENHAS, Paulo. Improbidade Administrativa*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA  
RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

*e Crime de Responsabilidade de Prefeito. 3.ed. RNC: Ipiranga, 2004. p. 74).*"

A corroborar este norte, o fato de a unânime jurisprudência de nossos Tribunais Superiores não reconhecer a possibilidade de aplicação do princípio da bagatela em casos como o presente.

Neste sentido, confirmam-se os seguintes arestos:

*"HABEAS CORPUS. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. PREFEITO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. MORALIDADE PÚBLICA. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DELITO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. A aplicação do princípio da insignificância, causa excludente de tipicidade material, admitida pela doutrina e pela jurisprudência em observância aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, demanda o exame do preenchimento de certos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para o seu reconhecimento, traduzidos no reduzido valor do bem tutelado e na favorabilidade das circunstâncias em que foi cometido o fato criminoso e de suas consequências jurídicas e sociais, pressupostos que, no caso, não se pode dizer que se encontram preenchidos, dada a condição do paciente - ocupante do cargo de Prefeito Municipal - e a relevância dos bens juridicamente tutelados pelo tipo penal infringido, quais sejam, a probidade administrativa e a moralidade pública. 2. É entendimento desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que 'Deve ser afastada a aplicação do princípio da insignificância, não obstante a pequena quantia desviada, diante da própria condição de Prefeito do réu, de quem se exige um comportamento adequado, isto é, dentro do que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral.' (REsp 769317/AL, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 27/03/2006). 3. A alegada ausência do dolo indispensável para a caracterização do delito a ensejar a pretendida absolvição é questão que demanda aprofundada análise de provas, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional, que possui rito célere e desprovido de dilação probatória. 4. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo, então, na angusta via do writ, o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente. [...]" (STJ HC 145.114/GO Rel. Min. Jorge Mussi 5ª T j. 17.08.2010 DJe 27.09.2010). (grifo nosso).*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2281

Neste ponto, cabe salientar que nem poderia ser diferente, eis que o bem jurídico protegido pelos crimes descritos com o Decreto-Lei nº 201/67 é abrangente e está a englobar o patrimônio público e, também, a probidade administrativa, de modo que se exige do agente político, sob o ponto de vista ético e moral, comportamento absolutamente reto.

Relativamente à abrangência do bem jurídico tutelado pela norma, segue a seguinte manifestação doutrinária:

*“(..). A maior relevância, porém, não é tanto a defesa dos bens da administração, mas o interesse do Estado, genericamente visto, no sentido de zelar pela probidade e fidelidade da administração. O dano mais do que material, é moral e político (RJTJESP 8/500-503)” (jurisprudência citada em Manual de Direito Penal, Julio Fabrini Mirabete, Parte Especial, vol. III, fls. 301).”*

No entanto, o que não quer significar que a caracterização do delito em tela não está a exigir ato ilícito prévio por parte do agente, ou seja, violação às normas que regem a matéria, na hipótese dos autos, a legislação que rege as licitações e as compensações tributárias.

Na medida em que o tipo penal em questão é aberto e, por isso, traz consigo verdadeiro elemento normativo, porquanto a sua compreensão não se exaure com a mera descrição típica, eis que está a demandar juízo valorativo.

Relativamente ao ilícito prévio relacionado à compensação tributária, abram-se parênteses para estabelecer que a compensação administrativa, de ofício por parte do contribuinte, afigura-se perfeitamente admissível, sendo certo que a sua validade resta superada apenas e tão somente na hipótese em que haja discussão judicial a respeito.

Explica-se.

A compensação é uma tradicional modalidade de extinção das obrigações, em que os sujeitos envolvidos ocupam, simultaneamente, as posições de credor e devedor, um em face do outro, em duas relações obrigacionais distintas.

O artigo 156, inciso II, do Código Tributário Nacional, muito embora tenha dado

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 19

010.096.076.045

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por WILLI LUCARELLI. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X0000000131.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE EMBU-GUAÇU**  
**FORO DE EMBU-GUAÇU**  
**VARA ÚNICA**  
**RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000**  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

ao instituto efeitos de extinção do crédito tributário por iniciativa do contribuinte, deixou ao legislador ordinário a tarefa de regulamentá-lo.

No âmbito federal, como na hipótese dos autos, a compensação de tributos foi regulada pelo artigo 66 da Lei n.º 8.383/1991, que autorizou os contribuintes a efetuarem a compensação dos valores recolhidos a maior para quitar parcelas vincendas de tributos da mesma espécie.

Cuida-se do que se denominou chamar de autocompensão, pela qual o contribuinte procede à compensação independentemente de prévia análise ou autorização administrativa, limitando-se a informá-la na guia de recolhimento.

Por sua vez, a Lei n.º 9.430/1996 modificou esse sistema para todos os tributos sujeitos à fiscalização da Receita Federal, remanescendo as contribuições previdenciárias e a terceiros, fiscalizadas à época pelo INSS, sujeitas ao regime fixado pela Lei n.º 8.383/1991.

Segundo a regulação original da Lei n.º 9.430/1996, o contribuinte não estava autorizado a proceder à autocompensão, de modo que deveria requerê-la à Receita Federal, a quem cabia analisar o pleito.

Uma vez acolhido o pedido por parte do Fisco, o contribuinte estaria autorizado a realizar a compensação tributária, seguindo os critérios estabelecidos pelo artigo 13 da Instrução Normativa SRF nº 21/1997.

Contudo, esta sistemática foi modificada pela Lei n.º 10.637/2002, que deu nova redação ao artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996, instituindo um regime de compensação por homologação.

Neste regime, a compensação é realizada pelo contribuinte, como no sistema da Lei n.º 8.383/1991, mas se sujeita formalmente à homologação administrativa.

Em termos práticos, principalmente após a regulamentação dada pela Instrução Normativa RFB 1.300/2012, o contribuinte não mais postula a compensação, sendo certo que acaba por realizá-la independentemente de prévio exame administrativo, mediante a apresentação





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE EMBU-GUAÇU

FORO DE EMBU-GUAÇU

VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2232

da DCOMP.

Com a apresentação do documento, simultaneamente, formaliza-se a compensação e noticia-se à Receita Federal acerca da sua realização, a fim de que esta possa fiscalizar a sua regularidade e eventualmente glosá-la, no todo ou em parte.

Por conseguinte, a compensação equivale ao pagamento, produzindo efeitos desde a apresentação da DCOMP, tal como acontece com o pagamento antecipado de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a teor do artigo 150, § 1º, do Código Tributário Nacional.

A este respeito, confira-se a redação do artigo 74, § 2º, da Lei n.º 9.430/96, consoante redação que passo a transcrever:

*“§2o A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologatória.”*

Neste sentido, a Receita Federal tem o prazo de cinco anos para homologar ou rejeitar a compensação, contado da data da entrega da DCOMP, de forma que, transcorrido *in albis* o quinquênio, a extinção do crédito fazendário torna-se definitiva, decaindo a possibilidade de o Fisco rejeitar, no todo ou em parte, a compensação.

Daí por que possível concluir que, na verdade, a homologação não acaba sequer por constituir condição resolutória da extinção do crédito tributário, sendo certo que o ato homologatório, expresso ou tácito, por parte do Fisco, afigura-se apenas ato confirmatório da extinção, cujos efeitos já foram produzidos.

De tal sorte que, em caso de não homologação, o débito tributário constitui-se, de pleno direito, independentemente de novo lançamento administrativo, podendo ser cobrado do contribuinte, com a incidência de multa tributária, que pode variar, a depender da existência ou não de falsidade dos dados declarados.

Relativamente às contribuições previdenciárias, a incluir, obviamente, o denominado SAT/RAT, aplica-se a mesma sistemática, porquanto o seu tratamento sempre continuou relacionado aos ditames da Lei n.º 8.383/1991. Mais recentemente, acresça-se, o

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 21

010.096.076.045

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por WILLI LUCARELLI. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X000000001131.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE EMBU-GUAÇU

FORO DE EMBU-GUAÇU

VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

regramento foi repetido pelo artigo 89 da Lei n.º 8.212/91, com a redação atualizada pela Lei n.º 11.941/2009.

Neste sentido, confira-se a sua redação:

*"Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil."*

A Receita Federal, inclusive, com base neste comando legal, vem editando inúmeras instruções normativas para disciplinar notadamente as normas relativas à compensação.

De tal forma que, de todo modo, a única diferença relacionada aos tributos federais é forma como se opera a compensação.

Em resumo, no caso da compensação vinculada a tributos federais, a apresentação da DCOMP tem força de pagamento, de modo que, por outro lado, no caso das contribuições previdenciárias, deve-se informá-la na guia GFIP, no caso de incidência sobre folha de salário, ou na guia DARF, na hipótese de incidência sobre a receita bruta, após a apresentação da respectiva DCTF.

Daí por que, indubitável concluir que inexistente qualquer vedação à compensação de ofício por parte do contribuinte, desde que administrativa, não havendo que se falar, portanto, em aplicação do disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional nesta hipótese.

Na verdade, o dispositivo em questão é endereçado apenas e tão somente para as situações em que haja discussão judicial sobre a legalidade ou constitucionalidade do tributo.

Nem poderia ser diferente, na medida em que a instância judicial sobrepõe-se à instância administrativa, de modo que seria absolutamente inconcebível que a autoridade administrativa tomasse qualquer posicionamento a respeito de questão formulada junto ao Poder



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU

FORO DE EMBU-GUAÇU

VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2283

Judiciário.

De mais a mais, a redação do artigo 170-A do Código Tributário Nacional deve ser entendida em função do contexto em que editada, eis que sua veiculação deu-se por meio da Lei Complementar n.º 104/2001.

O aludido estatuto foi lançado em momento em que inexistia regime organizado de compensação de tributos, com procedimentos bem definidos de fiscalização e cruzamento de dados, como se vê da digressão legislativa acima.

Bem por isso, mais recentemente, a aplicação do dispositivo em comento vem sofrendo grandes contestações, principalmente quando confrontado com a existência de julgamentos representativos de controvérsias em Tribunais Superiores e com o próprio artigo 151, inciso V, do Código Tributário Nacional.

Aderindo a este entendimento, inclusive, a Receita Federal, no âmbito de consulta realizada, assim manifestou-se:

*"COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. MATÉRIA VINCULANTE.  
AÇÃO JUDICIAL PRÓPRIA. TRÂNSITO EM JULGADO.  
REQUISITO.*

*A Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) encontra-se vinculada aos entendimentos desfavoráveis à Fazenda Nacional firmados sob a sistemática de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de recurso especial repetitivo, a partir da ciência da Nota Explicativa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), nos termos da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1, de 2014. Em regra, a jurisprudência vinculante autoriza a restituição ou compensação administrativas de tributos recolhidos indevidamente, observados os prazos e procedimentos estabelecidos na legislação. Não obstante, na hipótese em que o direito é postulado mediante ação judicial própria, o contribuinte deve aguardar o trânsito em julgado da decisão judicial, a fim de proceder à execução judicial ou à compensação administrativa.*

*(Receita Federal do Brasil na Solução de Consulta COSIT nº 119, de 07 de fevereiro de 2017)."*

Portanto, nesta linha de raciocínio, o reconhecimento do elemento normativo no caso do tipo penal em questão passa pela comprovação de que as compensações administrativas não observaram o regramento da Receita Federal ou, ainda, que foram efetivadas de ofício pelo

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 23

010.096.076.045

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por WILLI LUCARELLI. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X00000000131.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA  
RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

contribuinte, em meio à discussão judicial a respeito de sua legitimidade ou exigibilidade.

Retomando, muito embora necessária a comprovação do elemento normativo, o tipo penal, principalmente considerando a sua natureza formal, a nosso ver, não está a exigir elemento subjetivo do tipo específico, que pressupõe o conhecimento e a vontade específica de realizar os elementos da figura típica.

Essencialmente porque, reafirme-se, cuidando-se de delito que não depende de resultado material, bastaria apenas o dolo genérico de desviar bens ou rendas públicas.

Não havendo espaço para o dolo específico, portanto, que estaria ligado a uma intenção especial que ultrapassa o fato material descrito no tipo, diretamente relacionada ao desígnio de causar prejuízo ao erário ou violar a moralidade, isonomia e legalidade.

Na verdade, a nosso ver, esta conclusão decorre da análise da literalidade do dispositivo, que não está a mencionar nenhuma finalidade específica de produzir prejuízo.

Em arremate, a considerar que o tipo penal é formal, portanto, sem exigência de resultado naturalístico, possível concluir que a expressão “em proveito próprio ou alheio”, constante do dispositivo em discussão não quer significar que o legislador exigiu a comprovação de conluio entre os envolvidos ou motivação escusa da contratação.

Em primeiro lugar porque o proveito pode ser próprio. Em segundo lugar porque basta o dolo genérico de desviar bens ou rendas públicas, razão por que absolutamente despicienda a comprovação dos apontados expedientes idôneos e eficazes, com a finalidade de frustrar a licitação.

Nesta linha de raciocínio, como corolário lógico, não há como deixar de admitir que o tipo penal em questão acaba por dar margem ao reconhecimento do dolo eventual.

Na medida em que perfeitamente possível e razoável que o agente, cômico do desvirtuamento dos bens ou rendas públicas, assumo o risco de produzir o resultado, consoante dispõe o artigo 18, inciso I, do Código Penal.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE EMBU-GUAÇU**  
**FORO DE EMBU-GUAÇU**  
**VARA ÚNICA**  
**RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000**  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

contribuinte, em meio à discussão judicial a respeito de sua legitimidade ou exigibilidade.

Retomando, muito embora necessária a comprovação do elemento normativo, o tipo penal, principalmente considerando a sua natureza formal, a nosso ver, não está a exigir elemento subjetivo do tipo específico, que pressupõe o conhecimento e a vontade específica de realizar os elementos da figura típica.

Essencialmente porque, reafirme-se, cuidando-se de delito que não depende de resultado material, bastaria apenas o dolo genérico de desviar bens ou rendas públicas.

Não havendo espaço para o dolo específico, portanto, que estaria ligado a uma intenção especial que ultrapassa o fato material descrito no tipo, diretamente relacionada ao desígnio de causar prejuízo ao erário ou violar a moralidade, isonomia e legalidade.

Na verdade, a nosso ver, esta conclusão decorre da análise da literalidade do dispositivo, que não está a mencionar nenhuma finalidade específica de produzir prejuízo.

Em arremate, a considerar que o tipo penal é formal, portanto, sem exigência de resultado naturalístico, possível concluir que a expressão “em proveito próprio ou alheio”, constante do dispositivo em discussão não quer significar que o legislador exigiu a comprovação de conluio entre os envolvidos ou motivação escusa da contratação.

Em primeiro lugar porque o proveito pode ser próprio. Em segundo lugar porque basta o dolo genérico de desviar bens ou rendas públicas, razão por que absolutamente despicienda a comprovação dos apontados expedientes idôneos e eficazes, com a finalidade de frustrar a licitação.

Nesta linha de raciocínio, como corolário lógico, não há como deixar de admitir que o tipo penal em questão acaba por dar margem ao reconhecimento do dolo eventual.

Na medida em que perfeitamente possível e razoável que o agente, cômico do desvirtuamento dos bens ou rendas públicas, assumo o risco de produzir o resultado, consoante dispõe o artigo 18, inciso I, do Código Penal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU

FORO DE EMBU-GUAÇU

VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2284

É dizer, trata-se de atitude psíquica de passividade com a qual o agente encara o resultado, absolutamente compatível com o conteúdo e o alcance notadamente do bem jurídico tutelado pela norma.

A doutrina não destoia deste entendimento, consoante aresto que passo a transcrever:

*"todos os crime de responsabilidade são dolosos, vale dizer, intencionais, porquanto o prefeito ou seu substituto busca de forma intencional o resultado ou assume o risco de produzi-lo. (Paulo Mascarenhas, Improbidade Administrativa e Crime de Responsabilidade de Prefeito, LED - Editora de Direito)."*

Fixadas estas premissas, passa-se à análise do caso concreto.

Neste sentido, a prova vinda aos autos foi suficiente a demonstrar, com a segurança necessária, a ocorrência do delito em tela, **ao menos em relação aos pagamentos efetuados ao escritório em questão, por conta das compensações administrativas.**

Realmente, consoante acima delineado, é certo que a contratação inicial não contém qualquer mácula de ilegalidade, de tal modo que se ausenta elemento normativo, para fins de caracterização do delito em questão, porquanto inexistente ato ilícito prévio.

No entanto, não há como negar que parte da compensação tributária efetivada desrespeitou a legislação de regência, de forma que, por seu turno, **verifica-se a existência do necessário elemento normativo, qual seja, o ilícito prévio por parte do agente.**

No caso em exame, de fato, inexistente nos autos comprovação de que as compensações administrativas ocorridas foram realizadas fora da sistemática da DCOMP, no caso de tributos federais, ou das guias GFIP ou DARF, na hipótese de contribuições previdenciárias.

Muito pelo contrário, compulsando os autos, verifica-se que as apontadas compensações indevidas relacionam-se a contribuições previdenciárias (fls. 11), de modo que, a depender da base de cálculo de incidência, a compensação deveria ocorrer através das guias





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000  
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

GFIP's e DARF's.

No presente caso, existem guias GFIP's, dando conta das compensações operadas, acostadas aos autos (fls. 140/148 do apenso ao 1º volume), a indicar que o procedimento adotado não destoou da sistemática da compensação administrativa estabelecida pela Receita Federal.

Não se nega que as compensações ditas indevidas referem-se ao período entre junho de 2009 até novembro de 2010, mais o décimo terceiro de 2010, de abril de 2011 até agosto de 2011 e de novembro de 2011 até o décimo terceiro de 2011, consoante aponta o ofício oriundo da Receita Federal (fls. 2.163/2.164), sendo certo que as guias GFIP's acostadas no apenso relacionam-se com as competências de julho de 2009 até décimo terceiro de 2009 e fevereiro de 2010.

No entanto, esta lacuna probatória deve ser imputada ao Ministério Público, a quem caberia produzir provas no sentido de que o procedimento acima delineado não foi observado na seara administrativa com relação à integralidade do período que ensejou a autuação pela Receita Federal.

Contudo, por outro lado, **não há como deixar de reconhecer que parte das compensações efetivadas de ofício pela Municipalidade estavam sendo discutidas judicialmente.**

Esta seria a única hipótese, inclusive, em que a linha argumentativa da violação ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, trazida com a denúncia, seria admitida, na esteira da digressão acima consignada.

Neste sentido, analisando os autos, extrai-se que o escritório discutiu judicialmente a abrangência da base de cálculo das contribuições previdenciárias sobre a folha de pagamento, relativamente aos períodos de junho de 2000 até junho de 2010 e meses subsequentes.

Para tanto, impetrou mandado de segurança junto à Justiça Federal em 08 de junho de 2010 (fls. 874/875 - Processo n.º 0012763-51/2010).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE EMBU-GUAÇU

FORO DE EMBU-GUAÇU

VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2285

Ora, como se vê, as contribuições incidentes sobre a folha de pagamento, relativamente à competência posterior à impetração, qual seja, ao mês de junho de 2010, de nenhuma forma, poderiam ser compensadas administrativamente.

No entanto, verificou-se exatamente o oposto, como se extrai do ofício oriundo da Receita Federal (fls. 2.163/2.164) e, principalmente, da planilha contábil enviada à Municipalidade, dando conta dos valores que deveriam ser descontados da guia GFIP de recolhimento das aludidas contribuições.

Neste ponto, cabe reafirmar que a aludida planilha traz períodos englobados pela impetração, porquanto se relaciona ao mês de maio de 2009 até o décimo terceiro do ano de 2010 (fls. 835/836).

**Esta peculiaridade, por si só, está a configurar o elemento normativo do tipo penal em questão, na medida em que importou em flagrante violação à sistemática da compensação tributária.**

Ainda que se considere que os valores computados pelo escritório de advocacia, para fins de sugerir o desconto mensal, levaram em conta ilegalidades de contribuições dos últimos cinco anos (fls. 3-D – último parágrafo), o que não parece ser o caso dos autos, como se vê do ofício oriundo da Receita Federal (fls. 2.165) e da planilha de compensações (fls. 114/115 do apenso ao 2º volume), o elemento normativo continua a estar configurado.

Essencialmente porque estas contribuições previdenciárias eram litigiosas desde 05 de outubro de 2009, como se vê da cópia do mandado de segurança acostado (fls. 838/840 – Processo nº 22043/2009). Da mesma forma, é o que se extrai das demais demandas judiciais indicadas às fls. 838/876.

Acresça-se que o próprio escritório do denunciado traz, expressamente, esta mesma sistemática no parecer de fls. 46/124, em especial o trecho de 108 do apenso ao 1º volume, a corroborar que tinha conhecimento sobre esta possibilidade.

Neste ponto, inclusive, descabe qualquer alegação no sentido de que não havia

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 27

010.096.076.045

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por WILLI LUCARELLI. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X00000001131.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

conhecimento sobre esta sistemática de compensação, eis que o denunciado ALECIO era advogado especializado e, ainda, desistiu expressamente do aludido mandado de segurança (fls. 874/875 – Processo n.º 0012763-51/2010), em setembro de 2011, como se vê do extrato do feito no sítio eletrônico da Justiça Federal.

Ora bem, não se afigura crível que haja desistência de mandado de segurança com provimento, em sua maior extensão, favorável à Municipalidade, considerando que o pedido de parcelamento tributário realizado, cuja condição é a renúncia às demandas propostas, é datado de muito tempo depois, ou seja, do dia 14 de março de 2013 (fls. 2.162).

Ainda mais, tendo em vista que o provimento obtido com o mandado de segurança em questão poderia levar, no final das contas, à existência de créditos em favor do Município de Embu Guaçu, a impedir eventual bloqueio junto ao Fundo de Participação dos Municípios.

De tal sorte que não é possível chegar à outra conclusão que não seja no sentido de que os denunciados desistiram da impetração, em segundo grau de jurisdição, inclusive, com a finalidade de se beneficiar do entendimento relativo à possibilidade de compensação tributária administrativa, quando não houver discussão judicial, e, principalmente, mascarar a ilegalidade perpetrada e justificar os seus atos.

**Na verdade, a rigor, esta circunstância está a significar que a conduta dos denunciados foi dolosa no sentido de que agiram com vontade livre e consciente de desviar rendas públicas.**

A respeito do desvio, cabe salientar ser inegável a sua ocorrência, que se deu por meio dos valores pagos ao escritório de advocacia, após o período da impetração do mandado de segurança, quando a compensação administrativa não era permitida.

Neste sentido, confirmam-se as ordens de pagamento de fls. 114/115 do apenso ao 2º volume, dando conta das transferências ao escritório do denunciado ALECIO de valores calculados sobre as compensações administrativas, apuradas em período vedado, porquanto estavam sendo objeto de contestação judicial.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE EMBU-GUAÇU

FORO DE EMBU-GUAÇU

VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2286

**O dolo fica ainda mais evidente**, considerando que os pagamentos ao escritório de advocacia ocorreram através de forma não prevista nos contratos administrativos firmados.

É que, analisando o contrato n.º 66/09, oriundo do processo de dispensa n.º 27/09, em sua cláusula quinta, verifica-se que os pagamentos devem incidir sobre os “créditos apurados e a serem recuperados administrativamente” (fls. 29 do apenso ao 1º volume – alínea “a”) e sobre a “redução mensal da alíquota do grau de risco (...).”, “a partir da data da redução efetuada, administrativamente.” (fls. 29 do apenso ao 1º volume – alínea “b”).

Na cláusula primeira da avença, o objeto contratual foi delimitado, de modo a vincular a atuação administrativa do escritório em questão na “elaboração e formulação de processo administrativo junto a Receita Federal do Brasil (...) para fins de ciência e cumprimento da determinação legal.” (fls. 28 do apenso ao 1º volume – alínea “c”).

Ora, como se vê, os pagamentos dos honorários com base nas compensações administrativas efetuadas evidentemente estavam condicionados ao expediente a ser inaugurado junto à Receita Federal do Brasil.

Contudo, no caso em exame, ocorreu o oposto, na medida em que os pagamentos foram efetuados pela Municipalidade com base em meras planilhas apresentadas pelo escritório, dando conta dos valores a serem compensados.

Não havendo nenhuma comprovação nos autos de que houve qualquer pedido prévio junto ao Órgão Arrecadador, ao contrário do que frisou o parecer do escritório do denunciado (fls. 111 do apenso ao 1º volume).

A este respeito, inclusive, a testemunha CECILIA, contadora da Prefeitura na época dos fatos, na fase judicial, disse que a GFIP já vinha do RH com uma compensação.

Da mesma forma, ocorreu com relação ao contrato administrativo n.º 70/09, oriundo do processo de dispensa n.º 28/09, destacando-se as cláusulas primeira, alínea “c”, quinta, 5.3.1, alínea “a”, do contrato (fls. 226/227 do apenso ao 1º volume).

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 29

010.096.076.045

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por WILLI LUCARELLI. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X000000001131.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA  
RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000  
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

apenso ao 1º volume).”

A rigor, sequer haveria possibilidade jurídica de fracionamento dos contratos, cabendo consignar que, em nenhum momento, promoveram-se estudos aprofundados acerca dos benefícios que o fracionamento do objeto traria ao interesse público.

Muito pelo contrário, sequer realizaram-se pareceres prévios, com a finalidade de subsidiar o fracionamento das contratações efetivadas, ainda mais considerando o fato de os objetos fracionados serem idênticos, salvo em relação ao tipo de contribuição.

A respeito do fracionamento do objeto, o artigo 23, §1º, da Lei n.º 8.666/93 assim dispõe:

*“Art. 23. (...). § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.”*

Compulsando o dispositivo legal, extrai-se que o fracionamento das compras, obras e serviços apenas pode ocorrer com a demonstração técnica e econômica de que esta opção é viável e que, em última análise, visa atingir o interesse público, manifestado pela ampliação da concorrência.

É dizer, a opção de fracionar, ou não, o objeto de licitação somente se mostrará ilegal, diante da evidência técnica e econômica de que prejuízo resultou ao erário.

Compulsando os autos, não se extrai a existência de qualquer evidência técnica e econômica prévia às contratações, de sorte a dar suporte ao fracionamento realizado.

Esta inconsistência, de natureza grave e reiterada, considerando que houve um aditamento a cada contrato, está a demonstrar que os denunciados não tinham como não saber das ilegalidades.

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 31

010.096.076.045

2287  
Este documento é cópia do original assinado digitalmente por WILLI LUCARELLI. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X0000000131.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE EMBU-GUAÇU

FORO DE EMBU-GUAÇU

VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

apenso ao 1º volume).”

A rigor, sequer haveria possibilidade jurídica de fracionamento dos contratos, cabendo consignar que, em nenhum momento, promoveram-se estudos aprofundados acerca dos benefícios que o fracionamento do objeto traria ao interesse público.

Muito pelo contrário, sequer realizaram-se pareceres prévios, com a finalidade de subsidiar o fracionamento das contratações efetivadas, ainda mais considerando o fato de os objetos fracionados serem idênticos, salvo em relação ao tipo de contribuição.

A respeito do fracionamento do objeto, o artigo 23, §1º, da Lei n.º 8.666/93 assim dispõe:

*“Art. 23. (...). § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.”*

Compulsando o dispositivo legal, extrai-se que o fracionamento das compras, obras e serviços apenas pode ocorrer com a demonstração técnica e econômica de que esta opção é viável e que, em última análise, visa atingir o interesse público, manifestado pela ampliação da concorrência.

É dizer, a opção de fracionar, ou não, o objeto de licitação somente se mostrará ilegal, diante da evidência técnica e econômica de que prejuízo resultou ao erário.

Compulsando os autos, não se extrai a existência de qualquer evidência técnica e econômica prévia às contratações, de sorte a dar suporte ao fracionamento realizado.

Esta inconsistência, de natureza grave e reiterada, considerando que houve um aditamento a cada contrato, está a demonstrar que os denunciados não tinham como não saber das ilegalidades.

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 31

010.096.076.045

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por WILLI LUCARELLI. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esej>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X00000001131.





2288

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA  
RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000  
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

prova dos autos, na medida em que não hesitou em contratar novo escritório de advocacia, responsável pela propositura de ação declaratória de inexigibilidade tributária (fls. 2.151/2.198), questão objeto de ação de improbidade administrativa, a indicar que não se tratou de nenhum ato isolado, fruto de inexperiência do denunciado.

Ainda mais considerando que, em março de 2013, já em seu segundo mandato, portanto, em tese, mais experiente, não hesitou em firmar parcelamento da dívida tributária resultante do inadimplemento das contribuições mencionadas no presente feito (fls. 2.162), reconhecendo a existência de débitos, à míngua da existência de provimento jurisdicional favorável resultante da ação declaratória acima mencionada.

Esta peculiaridade, inclusive, não deixa de ser um reconhecimento da ilegalidade anteriormente perpetrada pela Municipalidade, afinal de contas, o termo de confissão de dívida está a implicar a assunção integral da responsabilidade pela exatidão do montante declarado e confessado.

Em suma, estas circunstâncias acima mencionadas, de per si, já constituem prova mais do suficiente de que os denunciados atuaram com dolo de desviar.

Na melhor das hipóteses, a natureza grosseira dos equívocos e das circunstâncias, somadas, permitem inferir, sem sombras de dúvidas, na esteira da jurisprudência colacionada alhures, que os acusados agiram com vontade livre e consciente de desviar rendas públicas.

Dai se concluindo que, relativamente à conduta do denunciado CLODOALDO, reafirme-se, não houve uma mera aceitação daquele que detinha a gestão dos gastos da Prefeitura Municipal, bem como que não foi um ato de simples conferência de outro praticado por subordinado.

Cumprе **asseverar e repetir** que o Prefeito Municipal, na condição de gestor das contas governamentais, assume o dever de preservar os princípios da Administração Pública, especialmente aqueles relacionados ao princípio da legalidade estrita.

Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X00000000131.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

A este respeito, confira-se o voto do Conselheiro do Tribunal de Contas, que rejeitou as contas da Municipalidade e identificou o mesmo traço na conduta do denunciado CLODOALDO (fls. 12):

*"(...) Neste aspecto, é reprovável a conduta do gestor de compensar valores apontados pelo escritório contratado, e de pagar honorários sobre os mesmos, sem se respaldar quanto à validade do ato, colocando em risco, assim, o Erário Municipal."*

Diante desse quadro fático-jurídico, desnecessária a discussão acerca do prévio conluio, na esteira da digressão sobre o tipo penal em tela, está caracterizado o dolo genérico, ou seja, a vontade clara de desviar rendas públicas.

Neste ponto, cabe salientar que não se desconhece dois precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal, relacionando o dolo de agir do agente com eventual lesão ao erário, consoante passo a transcrever:

*"Ação Penal. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Peculato (art. 312 do C.P.). Tipo previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201, de 27/2/67. Denúncia sucinta. Emendatio libelli. Possibilidade. Ausência dos elementos objetivos do tipo. Mero emprego irregular de verbas públicas, sem que haja proveito próprio do agente público ou de outrem. Mutatio libelli. Possibilidade. Possível tipificação de crimes diversos (art. 1º, incisos III, V ou IX, do Decreto-Lei nº 201, de 27/2/67), a ensejar, quando muito, o devido aditamento da denúncia pelo Ministério Público (CPP, art. 384). Desnecessidade. Prescrição da pretensão punitiva já consumada. Pedido julgado improcedente, com a absolvição dos réus com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal. 1. Embora sucinta, a peça acusatória narra fato típico, deixando claro que o primeiro denunciado, quando Prefeito de Aracaju/SE, teria beneficiado a empresa representada pelo segundo denunciado indevidamente, pagando-lhe o valor contratado, apesar de não executar toda a obra. Hipótese em que a suficiente narrativa permitiu aos acusados que amplamente se defendessem. 2. Possível, no caso presente, aplicar a norma do art. 383 do Código de Processo Penal, que cuida da emendatio libelli. Afasta-se a norma do art. 312 do Código Penal, que define o crime de peculato, indicado na denúncia, para enquadrar o fato no tipo penal previsto na norma do art. 1º, inciso I, segunda parte, e §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 201/67, já definido nesta Suprema Corte como crime comum (HC nº 70.671-1/PI, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 19/5/95; HC nº 71.991-1/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ de 3/3/95; e RHC nº 73.210-1/PA, Segunda Turma, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 1º/12/95) praticado*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2289

por ex-prefeito quando no exercício efetivo do cargo. A concorrência de normas, nesta hipótese, resolve-se com base no princípio da especialidade. 3. Ausência de comprovação de apropriação de bens ou de renda públicas, ou seu desvio em proveito próprio ou alheio. Núcleo essencial do tipo não demonstrado. 4. A incidência da norma que se extrai do inciso I do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. No caso, o órgão ministerial público não se desincumbiu do seu dever processual de demonstrar, minimamente que fosse, a vontade livre e consciente do agente em lesar o Erário. Ausência de demonstração do dolo específico do delito, com reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já reconhecida nesta Suprema Corte (Inq. Nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 7/5/10). 5. Existência de prova de elemento não contido na acusação, a ensejar, em tese, a aplicação da norma contida no art. 384 do Código de Processo Penal, que cuida da mutatio libelli. 6. Prescrição da pretensão punitiva que torna desnecessária a adoção das providências tendentes ao aditamento da denúncia (CP, art. 107, IV c/c 109, IV, § 2º, com a redação anterior à Lei nº 12.234, de 2010). 7. Ação penal julgada improcedente. (AP 372, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2010, DJe-063 DIVULG 01-04-2011 PUBLIC 04-04-2011 EMENT VOL-02495-01 PP-00023 RTJ VOL-00221-01 PP-00239)."

"AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL QUE RESPONDE A SUPOSTO CRIME COMETIDO NA ÉPOCA EM QUE ERA PREFEITO. PROCESSO PENAL QUE TEVE SEU TRÂMITE PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E PELO JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SANTA CRUZ DO SUL. PREFEITO ELEITO DEPUTADO FEDERAL. VALIDAÇÃO PELO RELATOR DA AÇÃO PENAL DOS ATOS PRATICADOS PERANTE OS JUÍZOS INCOMPETENTES. PRECEDENTES DA CORTE. IMPUTAÇÃO DE CRIMES PREVISTOS NOS INCISOS I E II DO ARTIGO 1º DO DECRETO-LEI 201/67. CRIMES DE PECULATO DE USO. ACUSAÇÃO DE USO INDEVIDO DE LINHA TELEFÔNICA INSTALADA NA RESIDÊNCIA DO PAI DO RÉU. AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DO DOLO DE AGIR DO RÉU. ABSOLVIÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 386, VII DO CPP. 1 - Os delitos previstos nos incisos I e II do DL 201/67 reclamam como elemento subjetivo do tipo, o dolo, cuja ausência implica a conjuração da pretensão punitiva (Precedentes). 2 - In casu, instalação de linhas telefônicas em comunidades rurais no Rio Grande do Sul em residências particulares para uso público era medida adotada pela Prefeitura para amenizar o problema de comunicação na região, desde 1986. 3 - Dinâmica narrada nos

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 35

010.096.076.045

Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X000000001131.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA  
RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000  
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

*autos que demonstra a possibilidade de cobrança dos valores gastos individualmente de cada usuário do telefone público instalado nas residências particulares. Ausência do pagamento do telefone da residência do pai do Prefeito que, por si só, não demonstra o dolo de uso pessoal de bem público. 4 - Sob o ângulo prático, forçoso destacar que: a) O telefone instalado no Armazém do pai do Prefeito - servia também de sua residência - desde 1986 e que teve alteração de linha em 1997. b) O denunciante narra que ao telefonar para o referido número para comprovar o uso particular de bem público foi atendido com a identificação do Armazém de propriedade do pai do denunciado. 5 - O dolo de agir, in casu, consiste em intenção consciente de usar o bem público para proveito particular. Ausência de provas do elemento subjetivo porquanto o telefone que havia sido instalado em 1986 teve a sua linha trocada em 1997, sendo certo que as ligações indevidas não podem ser imputadas diretamente ao réu ou algum familiar seu e com a sua ciência. 6 - A competência rationae personae não invalida o processo nas hipóteses em que o juízo competente, ao assumir os autos, ainda inconclusos, ratifica todos os atos praticados (cf. HC 101-814-PE e INQ 2245/MG) 7 - Aplicação do disposto no artigo 386, VII do CPP ante a ausência de provas quanto ao dolo de agir do réu. Dívida que deve sempre favorecer o réu. Improcedência da ação penal. (AP 416, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 15-06-2012 PUBLIC 18-06-2012)."*

Contudo, mesmo assim, os indícios colhidos e as circunstâncias fáticas e objetivas que envolvem a infração, em especial a gravidade e a natureza grosseira dos equívocos, somados, permitem concluir pela existência do elemento anímico do agente, nos moldes em que delimitado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

Relativamente ao denunciado ALECIO, deve-se destacar o fato de ter continuado a firmar contratos da mesma natureza com outra Prefeitura (fls. 1.211/1.215), a despeito, inclusive, de medida cautelar proibitiva, como se vê do apenso próprio, a atestar o dolo para os fins delimitados.

Relativamente ao denunciado CLODOALDO, deve-se destacar a contratação de outro escritório de advocacia, para a realização de trabalho semelhante e em período contemporâneo ao ocorrido, muito embora com cláusula contratual *ad exitum*, o que ensejou a propositura da ação declaratória de inexigibilidade acima mencionada.

Este elemento, somado ao fato de ter assinado termo de confissão de dívida,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE EMBU-GUAÇU

FORO DE EMBU-GUAÇU

VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

*autos que demonstra a possibilidade de cobrança dos valores gastos individualmente de cada usuário do telefone público instalado nas residências particulares. Ausência do pagamento do telefone da residência do pai do Prefeito que, por si só, não demonstra o dolo de uso pessoal de bem público. 4 - Sob o ângulo prático, forçoso destacar que: a) O telefone instalado no Armazém do pai do Prefeito - servia também de sua residência - desde 1986 e que teve alteração de linha em 1997. b) O denunciante narra que ao telefonar para o referido número para comprovar o uso particular de bem público foi atendido com a identificação do Armazém de propriedade do pai do denunciado. 5 - O dolo de agir, in casu, consiste intenção consciente de usar o bem público para proveito particular. Ausência de provas do elemento subjetivo porquanto o telefone que havia sido instalado em 1986 teve a sua linha trocada em 1997, sendo certo que as ligações indevidas não podem ser imputadas diretamente ao réu ou algum familiar seu e com a sua ciência. 6 - A competência rationae personae não invalida o processo nas hipóteses em que o juízo competente, ao assumir os autos, ainda inconclusos, ratifica todos os atos praticados (cf. HC 101-814-PE e INQ 2245/MG) 7 - Aplicação do disposto no artigo 386, VII do CPP ante a ausência de provas quanto ao dolo de agir do réu. Dívida que deve sempre favorecer o réu. Improcedência da ação penal. (AP 416, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 15-06-2012 PUBLIC 18-06-2012)."*

Contudo, mesmo assim, os indícios colhidos e as circunstâncias fáticas e objetivas que envolvem a infração, em especial a gravidade e a natureza grosseira dos equívocos, somados, permitem concluir pela existência do elemento anímico do agente, nos moldes em que delimitado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

Relativamente ao denunciado ALECIO, deve-se destacar o fato de ter continuado a firmar contratos da mesma natureza com outra Prefeitura (fls. 1.211/1.215), a despeito, inclusive, de medida cautelar proibitiva, como se vê do apenso próprio, a atestar o dolo para os fins delimitados.

Relativamente ao denunciado CLODOALDO, deve-se destacar a contratação de outro escritório de advocacia, para a realização de trabalho semelhante e em período contemporâneo ao ocorrido, muito embora com cláusula contratual *ad exitum*, o que ensejou a propositura da ação declaratória de inexigibilidade acima mencionada.

Este elemento, somado ao fato de ter assinado termo de confissão de dívida,

2290



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA  
RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000  
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

posteriormente, reconhecendo o ocorrido e parcelando a dívida fiscal existente, são peculiaridades que dão entender que o dolo teve, de toda forma, a abrangência delimitada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

No melhor de todos os cenários para os denunciados CLODOALDO e ALECIO, as peculiaridades e circunstâncias acima mencionadas demonstraram que os agentes assumiram o risco de produzir o resultado final, absolutamente cientes do desvirtuamento das rendas públicas, a constituir dolo eventual e, igualmente, configurar o tipo penal em questão.

Desse modo, sob todos os ângulos analisados, presentes todos os elementos do tipo penal em questão, razão por que a condenação dos denunciados CLODOALDO LEITE e ALÉCIO CASTELUCCI é medida de rigor, observando-se a continuidade delitiva, relativamente aos valores pagos após a impetração do mandado de segurança.

**DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 92 DA LEI N.º 8.666/93;**

Com efeito, o artigo 92 da Lei n.º 8.666/93 assim dispõe:

*“Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: (Redação dada pela Lei n.º 8.883, de 1994)*

*Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.”*

Como se vê, a nosso ver, cuida-se de crime de perigo, porquanto a sua consumação ocorre no momento da modificação do contrato administrativo, independentemente da ocorrência de prejuízo para a Administração Pública.

Essencialmente porque, tal como no tipo penal acima, a objetividade jurídica continua sendo a probidade administrativa, relacionada mais especificamente com o cumprimento e execução dos contratos administrativos.

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 37

010.096.076.045

Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X00000001131.





2290

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA  
RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000  
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

posteriormente, reconhecendo o ocorrido e parcelando a dívida fiscal existente, são peculiaridades que dão entender que o dolo teve, de toda forma, a abrangência delimitada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

No melhor de todos os cenários para os denunciados CLODOALDO e ALECIO, as peculiaridades e circunstâncias acima mencionadas demonstraram que os agentes assumiram o risco de produzir o resultado final, absolutamente cientes do desvirtuamento das rendas públicas, a constituir dolo eventual e, igualmente, configurar o tipo penal em questão.

Desse modo, sob todos os ângulos analisados, presentes todos os elementos do tipo penal em questão, razão por que a condenação dos denunciados CLODOALDO LEITE e ALÉCIO CASTELUCCI é medida de rigor, observando-se a continuidade delitiva, relativamente aos valores pagos após a impetração do mandado de segurança.

#### DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 92 DA LEI N.º 8.666/93:

Com efeito, o artigo 92 da Lei n.º 8.666/93 assim dispõe:

*“Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: (Redação dada pela Lei n.º 8.883, de 1994)*

*Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.”*

Como se vê, a nosso ver, cuida-se de crime de perigo, porquanto a sua consumação ocorre no momento da modificação do contrato administrativo, independentemente da ocorrência de prejuízo para a Administração Pública.

Essencialmente porque, tal como no tipo penal acima, a objetividade jurídica continua sendo a probidade administrativa, relacionada mais especificamente com o cumprimento e execução dos contratos administrativos.

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 37

010.096.076.045

Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X00000001131.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU

FORO DE EMBU-GUAÇU

VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2291

*SUCESSO DELITIVO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (3) DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. EMPREGO DE FEITOS EM CURSO. CONSTRANGIMENTO. EXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É manifesta a impropriedade do emprego do habeas corpus como sucedâneo recursal. 2. Segundo a jurisprudência desta Corte, o crime do artigo 92 da Lei 8.666/1992 depende, ademais da existência de prejuízo para a Administração, do reconhecimento de dolo direto, não se admitindo apenas a modalidade eventual. O elemento subjetivo, entretantes, especializa-se (figura, em doutrina antiga, denominada como dolo específico), não bastando o dolo genérico. Na espécie, restou demonstrado que o paciente, na qualidade de Prefeito Municipal, agiu com consciência e vontade, mirando na satisfação de pretensões particulares em detrimento do interesse público primário. Ademais, restou consignado que o licitante vencedor do certame recebeu, de modo ilegal, em razão de sucessivas e irritas repactuações, mais do que a Administração, originariamente, havia se predisposto a desembolsar. (...). (HC 253.013/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014)."*

De toda forma, seja qual fora o entendimento adotado, a prova vinda aos autos não foi suficiente a demonstrar, com a segurança necessária, a ocorrência do delito em tela, **não servindo de fundamento para eventual édito condenatório**.

Por mais que o contrato n.º 70/09 (fls. 224/234 do apenso ao 1º volume) tenha recebido aditamento, enquanto ainda estava em vigor, porquanto tinha vigência até 19 de agosto de 2010 e o aditamento é datado de 17 de agosto de 2010 (fls. 390/393 do apenso ao 1º volume), a violar o artigo 57, §1º, da Lei de Licitações.

Da mesma forma, por mais que não tenha havido qualquer comprovação, cujo ônus seria da Defesa, de que a prorrogação estava subsidiada por justificção escrita, a teor do artigo 57, §2º, da Lei de Licitações.

Igualmente, ainda que se considere a necessidade de comprovação, sem sombras de dúvidas, da ocorrência de dolo específico e prejuízo ao erário público, **o fato é que o crime em questão resta absorvido pelo crime de desvio de rendas públicas**.

Essencialmente porque, como se vê da linha de raciocínio adotada no imputado crime anterior, que o considerou elemento comprobatório do dolo da conduta, a prorrogação durante a execução do contrato esteve a servir para a realização de outro crime, no caso, o crime

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 39

010.096.076.045

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por WILLI LUCARELLI. Para acessar os autos processuais, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000216-22.2017.8.26.0177 e o código 4X0000000131.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000  
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SUCESSESSO DELITIVO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (3) DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. EMPREGO DE FEITOS EM CURSO. CONSTRANGIMENTO. EXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É manifesta a impropriedade do emprego do habeas corpus como sucedâneo recursal. 2. Segundo a jurisprudência desta Corte, o crime do artigo 92 da Lei 8.666/1992 depende, ademais da existência de prejuízo para a Administração, do reconhecimento de dolo direto, não se admitindo apenas a modalidade eventual. O elemento subjetivo, entretantes, especializa-se (figura, em doutrina antiga, denominada como dolo específico), não bastando o dolo genérico. Na espécie, restou demonstrado que o paciente, na qualidade de Prefeito Municipal, agiu com consciência e vontade, mirando na satisfação de pretensões particulares em detrimento do interesse público primário. Ademais, restou consignado que o licitante vencedor do certame recebeu, de modo ilegal, em razão de sucessivas e irritas repactuações, mais do que a Administração, originariamente, havia se predisposto a desembolsar. (...). (HC 253.013/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014)."

De toda forma, seja qual fora o entendimento adotado, a prova vinda aos autos não foi suficiente a demonstrar, com a segurança necessária, a ocorrência do delito em tela, **não servindo de fundamento para eventual édito condenatório.**

Por mais que o contrato n.º 70/09 (fls. 224/234 do apenso ao 1º volume) tenha recebido aditamento, enquanto ainda estava em vigor, porquanto tinha vigência até 19 de agosto de 2010 e o aditamento é datado de 17 de agosto de 2010 (fls. 390/393 do apenso ao 1º volume), a violar o artigo 57, §1º, da Lei de Licitações.

Da mesma forma, por mais que não tenha havido qualquer comprovação, cujo ônus seria da Defesa, de que a prorrogação estava subsidiada por justificção escrita, a teor do artigo 57, §2º, da Lei de Licitações.

Igualmente, ainda que se considere a necessidade de comprovação, sem sombras de dúvidas, da ocorrência de dolo específico e prejuízo ao erário público, **o fato é que o crime em questão resta absorvido pelo crime de desvio de rendas públicas.**

Essencialmente porque, como se vê da linha de raciocínio adotada no imputado crime anterior, que o considerou elemento comprobatório do dolo da conduta, a prorrogação durante a execução do contrato esteve a servir para a realização de outro crime, no caso, o crime

0000216-22.2017.8.26.0177 - lauda 39

010.096.076.045

2291



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU

FORO DE EMBU-GUAÇU

VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2292

**DO RÉU CLODOALDO LEITE DA SILVA;**

Sopesadas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, a pena-base deve ser fixada em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, 1/6 acima do mínimo legal.

Justifica-se a exasperação, em razão das consequências do desvio para os cofres do Município, que se encontrava e, ainda, se encontra, em péssimas condições financeiras.

Neste sentido, confira-se o teor do auto de infração lavrado em face da Municipalidade, por conta do ocorrido (fls. 2.166), que gerou dívida fiscal no importe de R\$ 22.409.622,67 (vinte e dois milhões, quatrocentos e nove mil, seiscentos e vinte e dois reais e sessenta e sete centavos) e a prova oral colhida, notadamente as testemunhas trazidas pela própria Defesa.

Na segunda fase de aplicação da pena, majoro a pena em 1/6, eis que o denunciado, na condição de Prefeito Municipal, violou dever inerente ao seu cargo, inclusive, desrespeitando os seus eleitores, nos termos do artigo 61, inciso II, alínea "g", do Código Penal, totalizando 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Na terceira fase de aplicação da pena, fica reconhecida a continuidade delitiva, eis que inúmeros pagamentos, a título de honorários advocatícios, foram efetivados após a impetração do mandado de segurança (fls. 114/115 do apenso ao 2º volume), razão por que aumento a pena então computada em 1/2, totalizando 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão.

Considerando a situação econômica do réu, fixo a multa em 100 (cem) dias-multa, a razão de 100% do valor do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, corrigido monetariamente, a contar da mesma data.

O regime inicial de cumprimento de pena será o semi-aberto, nos termos do artigo 33, §2º, alínea "b", do Código Penal, já que, em razão das peculiaridades da conduta do condenado, da quantidade da pena e das circunstâncias judiciais desfavoráveis, a imposição do meio aberto não surtirá qualquer efeito.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

O réu poderá apelar em liberdade.

**DO RÉU ALECIO CASTELUCCI FIGUEIREDO:**

Sopesadas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, a pena-base deve ser fixada em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, 1/3 acima do mínimo legal.

Justifica-se a exasperação em 1/6, em razão das consequências do desvio para os cofres do Município, que se encontrava e, ainda, se encontra, em péssimas condições financeiras.

Neste sentido, confira-se o teor do auto de infração lavrado em face da Municipalidade, por conta do ocorrido (fls. 2.166), que gerou dívida fiscal no importe de R\$ 22.409.622,67 (vinte e dois milhões, quatrocentos e nove mil, seiscentos e vinte e dois reais e sessenta e sete centavos) e a prova oral colhida, notadamente as testemunhas trazidas pela própria Defesa.

Justifica-se a exasperação em mais 1/6, em razão do alto grau de culpabilidade do denunciado, porquanto continuou a contratar com outra Prefeitura, mesmo após expressa determinação judicial, a demonstrar dolo intenso.

A este respeito, confira-se o quanto decidido, relativamente à fiança fixada (fls. 1.806/1.807) e ao próprio decreto de prisão preventiva (fls. 1.919 e 69/73 do apenso ao 9º volume), bem como o contrato firmado com a Prefeitura de Euclides da Cunha (fls. 1.211/1.215).

A corroborar, ainda mais, o dolo intenso, o fato de ter prestado o mesmo serviço para inúmeras Prefeituras Municipais, consoante apontou o relatório de fiscalização financeira, realizado pelo Tribunal de Contas (fls. 118/128).

Na segunda fase de aplicação da pena, majoro a pena em 1/6, eis que o denunciado, na condição de Prefeito Municipal, violou dever inerente à sua profissão de advogado, eis que se valeu de seus conhecimentos jurídicos para desviar rendas públicas, nos termos do artigo 61, inciso II, alínea "g", do Código Penal, totalizando 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA  
RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000  
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2293

Na terceira fase de aplicação da pena, fica reconhecida a continuidade delitiva, eis que inúmeros pagamentos, a título de honorários advocatícios, foram efetivados após a impetração do mandado de segurança (fls. 114/115 do apenso ao 2º volume), razão por que aumento a pena então computada em ½, totalizando 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Considerando a situação econômica do réu, o faturamento obtido com o ocorrido, tendo em vista a totalidade de Prefeituras envolvidas (fls. 11-D e 118/128) mais os indícios de ocultação do patrimônio, consoante reconhecido pela decisão lançada em apenso ao 8º volume, fixo a multa em 200 (duzentos) dias-multa, a razão de 100% do valor do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, corrigido monetariamente, a contar da mesma data.

O regime inicial de cumprimento de pena será o semi-aberto, nos termos do artigo 33, §2º, alínea "b", do Código Penal, já que, em razão das peculiaridades da conduta do condenado, da quantidade da pena e das circunstâncias judiciais desfavoráveis, a imposição do meio aberto não surtirá qualquer efeito.

Não havendo qualquer influência o tempo de pena provisória cumprida, para fins de detração penal, porquanto ofensiva ao princípio do juiz natural e da individualização da pena.

O réu não poderá apelar em liberdade.

Não se nega que, em função da cautelaridade da prisão provisória, o pedido deve ser juridicamente possível, ou seja, não deve encontrar obstáculo em qualquer das vedações legais previstas na Lei n.º 12.403/11.

Contudo, no caso em exame, houve decreto de prisão preventiva, que esteve a considerar todas estas circunstâncias legais e fáticas, em decisão, até então, mantida pelos Tribunais Superiores.

E, neste meio tempo, nada houve que tivesse o condão de apontar a existência de fatos novos, inclusive jurídicos, senão aqueles que subsidiaram a r. decisão lançada.





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
COMARCA DE EMBU-GUAÇU  
FORO DE EMBU-GUAÇU  
VARA ÚNICA

RUA BOA VISTA Nº 10, Embu-Guacu - SP - CEP 06900-000

**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

Sendo assim, ainda mais agora que todo o contexto probatório está a indicar ter sido o réu autor do delito, nada há que esteja a justificar nova apreciação do pedido, sob pena de, por via transversa, desfazer-se situação jurídica consolidada e suprimir instância judicial.

Assim, sob todos os ângulos analisados, não há qualquer constrangimento ilegal que esteja sendo imposto à liberdade de locomoção do réu, sendo de rigor a manutenção da medida.

**DO DISPOSITIVO.**

Ante o exposto, **CONDENO CLODOALDO LEITE DA SILVA**, qualificado nos autos, **À PENA DE 04 (QUATRO) ANOS E 01 (UM) MÊS DE RECLUSÃO**, a ser cumprida inicialmente em **REGIME SEMI-ABERTO**, e 100 dias-multa, a razão de 100% do salário-mínimo na data dos fatos, corrigido monetariamente, a contar da mesma data, como incurso no artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei n.º 201/67, em continuidade delitiva.

**ABSOLVO-O** das demais imputações, como incurso nos artigos 89 e 92 da Lei n.º 8.666/93, nos termos do artigo 386, incisos III e VII, do Código de Processo Penal.

**CONDENO ALECIO CASTELUCCI FIGUEIREDO**, qualificado nos autos, **À PENA DE 04 (QUATRO) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO**, a ser cumprida inicialmente em **REGIME SEMI-ABERTO**, e 200 dias-multa, a razão de 100% do salário-mínimo na data dos fatos, corrigido monetariamente, a contar da mesma data, como incurso no artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei n.º 201/67, em continuidade delitiva.

**ABSOLVO-O** das demais imputações, como incurso nos artigos 89 e 92 da Lei n.º 8.666/93, nos termos do artigo 386, incisos III e VII, do Código de Processo Penal.

**ABSOLVO MARCO AURÉLIO DO CARMO**, qualificado nos autos, de todas as imputações, nos termos do artigo 386, incisos III e VII, do Código de Processo Penal.

Com o trânsito em julgado, lance-se o nome dos condenados no rol dos culpados. Custas na forma da lei.

Registre-se e comunique-se, com as anotações de estilo.

Embu-Guacu, 20 de junho de 2018.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,  
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**