



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2020.0000969054**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Penal - Procedimento Ordinário nº 0009057-52.2017.8.26.0000, da Comarca de Salto, em que é denunciante M. P. DO E. DE S. P., é denunciado J. G. G. ( DO M. DE S..

**ACORDAM**, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, julgaram procedente a ação penal originária para condenar José Geraldo Garcia como incurso no artigo 89, caput, da Lei nº 8.666/93; c.c. 61, II, 'g', do Código Penal ao cumprimento de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de multa equivalente a 3% (três por cento) do valor do contrato. Decretada a perda do mandato eletivo. Expeça-se mandado de prisão após o trânsito em julgado; vencido o 5º Juiz, Desembargador Poças Leitão, que julgava improcedente a ação penal e absolvía o réu com fulcro no artigo 386, inciso III, e declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO SALE JÚNIOR (Presidente), CLÁUDIO MARQUES, GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI E POÇAS LEITÃO.

São Paulo, 26 de novembro de 2020

**GILBERTO FERREIRA DA CRUZ**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

Ação Penal nº 0009057-52.2017.8.26.0000 – Processo físico

Autor: Ministério Público

Réu: José Geraldo Garcia (Prefeito do Município de Salto)

Corréus: Edimara Urel de Oliveira Miguel, Nelson Willians Fratoni Rodrigues e Rafael Sganzerla Durand (processo desmembrado nº 0002709-21.2019.8.26.0526)

**Voto nº 10823**

**AÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. PREFEITO – INEXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI (art. 89, “caput”, da Lei nº 8.666/93) – Configuração. Autoria e materialidade comprovadas. Réu que, na qualidade de prefeito, autorizou a contratação direta do escritório de advocacia Nelson Willians & Advogados Associados. Situação fática que não se enquadra nas hipóteses restritas de inexigência de licitação (art. 25 da Lei nº 8.666/93) – Condenação de rigor.**

**PENAS e REGIME PRISIONAL – Bases acima dos mínimos (1/3). Culpabilidade, circunstâncias, motivos e consequências. Impossibilidade de exasperação com base na condição de agente político. Circunstância elementar do crime. Precedentes do STJ – Agravante do artigo 61, II, 'g', do Código Penal (violação de dever inerente ao cargo) – Regime inicial semiaberto – Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, art. 44, III) – Decretada a perda do mandato eletivo. Inteligência dos artigos 92, I, 'a', do Código Penal, c.c. 83, da Lei nº 8.666/93 – Ação penal julgada procedente.**

Trata-se de denúncia ofertada pelo Órgão do Ministério Público contra 1) **José Geraldo Garcia** (*Prefeito do Município de Salto, empossado no dia 1º de janeiro de 2017 e com término do mandato em 31 de dezembro de 2020*) e *Edimara Urel de Oliveira Miguel*, por infração ao artigo 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93; c.c. 29 do Código Penal; e 2) *Nelson Willians Fratoni Rodrigues* e *Rafael Sganzerla Durand*, por infração ao artigo 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93; c.c. 29 do CP.

Consta da inicial que o denunciado **José Geraldo Garcia**, na qualidade de prefeito do Município de Salto/SP, agindo em concurso com a Secretária de Finanças local, *Edimara Urel de Oliveira Miguel*, inexigiram licitação fora das hipóteses do artigo 25 da Lei de Licitações e deixaram de



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade.

Consta, mais, que os advogados *Nelson Wilians Fratoni Rodrigues e Rafael Sganzerla Durand*, agindo em concurso, concorreram para a consumação da ilegalidade acima narrada, beneficiando-se da inexigibilidade ilegal para celebrar contrato com o Poder Público Municipal.

Segundo a acusação – baseada nas informações contidas no inquérito civil nº 14.414.0002895/2014-5 que tramitou perante a Promotoria de Justiça de Salto, às fls. 04/804 – a secretária de finanças de Salto/SP, *Edimara Urel de Oliveira Miguel*, celebrou, em nome do município, o contrato de fls. 567/573 com a empresa *Nelson Wilians & Advogados Associados*, cujos sócios são os corréus *Nelson Wilians Fratoni Rodrigues e Rafael Sganzerla Durand*, mediante inexigência de licitação (fls. 341/629), previamente balizada em parecer da Secretaria de Assuntos Jurídicos. Objetivava-se recuperar contribuições previdenciárias sobre verbas de natureza indenizatória – adicionais de horas-extras, noturno, de insalubridade, de periculosidade, de transferência, aviso prévio indenizado e décimo terceiro salário – pagas de modo equivocado pela municipalidade. O procedimento foi homologado pelo prefeito **José Geraldo Garcia**. Contudo, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo julgou irregular a contratação por afronta ao artigo 37 da Constituição Federal e Lei nº 8.666/93 (artigos 2º e 25) e apontou inúmeras irregularidades, dentre as quais a não excepcionalidade do objeto do contrato e o preço (fls. 784/799).

De acordo com o Ministério Público, os serviços advocatícios prestados (impetração dos mandados de segurança nº 0006483-44.2011.4.03.610 e 0009187-30.2011.4.03.6110 perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região) não eram excepcionais porquanto compatível e possível a exigência técnica a qualquer outro escritório de advocacia especializado, motivo pelo qual imprescindível o processo licitatório. Ressaltou que “*eventuais divergências jurídicas sobre a matéria tributária e o ajuizamento de ações judiciais também não são incomuns, nem se evidencia complexidade*”



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*tamanho a ponto de excluir a atuação da maior parte dos profissionais da advocacia.*” Mencionou decisões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sobre a impossibilidade de terceirização de serviços de assessoria jurídica e administrativa no sentido de recuperar valores pagos indevidamente ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS. Aduziu, mais, que o preço contratado era exorbitante (R\$ 2.425.526,70) e injustificado, não se olvidando da fixação em percentual (20%) atrelado à receita eventualmente obtida com a execução do contrato, o que seria inadmissível. Acenou com eventuais falhas na execução dos serviços advocatícios consistentes na recomendação à municipalidade para compensação das contribuições previdenciárias debatidas nas ações judiciais contratadas e propostas à margem do marco normativo aplicável à espécie (artigo 170-A), ocasionando, inclusive, autuação do Município de Salto/SP por parte da Receita Federal.

Notificados (fls. 821, 879 e 902), os denunciados ofereceram resposta (fls. 823/843, 849/874 e 918/945), sobrevindo a decisão colegiada de fls. 1300/1306 que, por maioria de votos<sup>1</sup>, recebeu a denúncia em face de **José Geraldo Garcia** e determinou o desmembramento da ação penal em relação a *Edimara Urel de Oliveira Miguel, Nelson Willians Fratoni Rodrigues e Rafael Sganzerla Durand* (processo atual 0002709-21.2019.8.26.0526, em curso perante a 3ª Vara Judicial da Comarca de Salto/SP – fl. 1568).

Durante a instrução processual foram ouvidas testemunhas de acusação e de defesa, seguindo-se o interrogatório do réu (fls. 1589/1590 e 1592/1611).

Instadas a se manifestar na fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90, as partes nada requereram, motivo pelo qual declarou-se encerrada a instrução com a abertura de prazo sucessivo para apresentação de alegações finais (fls. 1624 e 1647).

A douta Procuradoria Geral de Justiça pugnou 1) pela

<sup>1</sup> Vencido o Des. Camargo Aranha Filho, que rejeitava a denúncia oferecida em face de todos os denunciados (v. fls. 1360/1361).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

condenação de **José Geraldo** nos termos da denúncia, ao argumento de que, *“na condição de Prefeito do Município de Salto, dispensou a licitação para a contratação do escritório, ciente de que ela era exigível”*, notadamente em razão da *“inexistência de singularidade e notória especialização para a realização do serviço”*, evidenciando o *“dolo de burlar a legislação, de violar a moralidade e a igualdade de condições a todos os concorrentes e, portanto, de provocar danos ao erário”*. No que se refere as reprimendas, buscou 2) o incremento das bases em razão da culpabilidade, por se tratar do Chefe do Poder Executivo Municipal, prestando *“verdadeiro desserviço à população, gastando dinheiro público como se fosse particular; causando danos ao erário, na medida em que desrespeitou princípios constitucionais administrativos e alertas da Corte de Contas; e desviando valores em benefício do contratado, antes mesmo que a compensação fosse homologada pela Receita Federal”* (fls. 1651/1684).

A defesa, por sua vez, pleiteou 3) a absolvição 3.1) por atipicidade, em razão da singularidade dos serviços prestados pelo escritório de advocacia contratado – *“naquela época, era o escritório pioneiro na tese”* – a demonstrar o acerto da inexigência de licitação; 3.2) por ausência de dolo específico, vez que sequer conhecia os advogados contratados, destacando que *“para concretizar a dispensa de licitação, se cercou do procedimento necessário e adequado, inclusive com a emissão de parecer jurídico, ou seja, o procurador jurídico (detentor dos conhecimentos específicos legais) assentou a inexistência de qualquer ilegalidade na concretização do contrato por dispensas de licitação”*; 3.3) por ausência de prova de lesão ou de efetivo prejuízo ao erário; ou 3.4) pela insuficiência probatória (fls. 1853/1871).

**É o relatório.**

A ação penal é procedente.

A materialidade está consubstanciada no contrato administrativo nº 143/2011 (fls. 20/27 ou 567/574), publicação da ratificação e



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

homologação da contratação pelo réu (fls. 30/31 ou 577/578), parecer desfavorável do TCE à aprovação das contas do município de Salto (fls. 63/85), termo de rescisão do contrato nº 143/2011 (fls. 138/139), cópias dos pagamentos efetuados pela municipalidade ao escritório *Nelson Wilians & Advogados Associados* (fls. 142/313), cópias do processo administrativo nº 9.571/2010, referente à dispensa/inexigibilidade de licitação (fls. 342 e seguintes), relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara Municipal (fls. 656/666), proposta para prestação de assessoria jurídica firmada pelo escritório *Nelson Wilians & Advogados Associados* (fls. 350/476), proposta para prestação de assessoria jurídica firmada pelo escritório *Castelucci Figueiredo e Advogados Associados* (fls. 477/499), parecer do Secretário de Negócios Jurídicos Wagner Correa da Silva pela contratação direta do escritório *Nelson Wilians & Advogados Associados* (fls. 500/ 508), decisão administrativa da Secretária de Finanças *Edimara Urel* pela contratação, com inexigibilidade de licitação, do escritório dos corréus “*pelo valor estimado de R\$ 2.563.389,80*” (fl. 541), decisão do Prefeito homologando a contratação (fl. 547), acórdão do Tribunal de Contas do Estado, julgando “*irregulares a inexigibilidade de licitação e a contratação em exame*” (fls. 784/798) e na prova oral.

A autoria, igualmente, é incontroversa.

**José Geraldo** infirmou a imputação. O Prefeito de Itu lhe confidenciou que a municipalidade e outras cidades vizinhas venceram demandas judiciais e recuperaram valores pagos indevidamente à Receita Federal. “*Então eu simplesmente levei essa informação tanto para a Secretaria de Finanças quanto para a Secretaria de Negócios Jurídicos, para que Salto também se beneficiasse com aquele trabalho que levaria a ter recursos valiosos para a cidade*”. Soube da existência de procedimento interno para contratação de escritório de advocacia particular em razão da alta demanda de trabalho da Procuradoria do Município, o que inviabilizava sua atuação; só tomou conhecimento de qual seria o escritório contratado com o procedimento



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

administrativo já pronto. Não conhecia os corréus *Nelson* e *Rafael*; sequer assinou o contrato, pois quem o fazia era a Secretaria de Finanças (interrogatório transcrito às fls. 1609/1611).

Amilton Luiz Arruda Sampaio foi Secretário de Negócios Jurídicos da Prefeitura de Salto de 2013 a 2016, durante o mandato do Prefeito *Juvenil Cirelli*. Tomou conhecimento da contratação do escritório de advocacia *Nelson Wilians & Advogados Associados*, com dispensa de licitação, no ano de 2014, durante a visita de um Conselheiro do Tribunal de Contas, o qual lhe disse que diversos municípios estavam firmando “*contratos semelhantes, e mencionou ao então secretário de finanças que, no ponto de vista dele, esse contrato não estaria correto*”. Conversou sobre o assunto com o Secretário de Finanças e não vislumbrou irregularidades flagrantes na contratação – “*se bem ou se mal, não me cabe dizer, mas eles estavam interpondo recursos, fazendo tudo que era necessário para conseguir reverter a situação perante a Receita*”; conseguiram liminares para compensação de créditos tributários e patrocinavam as defesas do município em alguns autos de infração; não sabe dizer quais os valores envolvidos na contratação, posto que o negócio jurídico foi entabulado pela pasta de finanças. Com a conclusão do Tribunal de Contas pela irregularidade da contratação, orientou o Alcaide a rescindir o contrato, o que foi feito. Durante o tempo que permaneceu à frente da Secretaria de Negócios Jurídicos, a Procuradoria do Município atuava em questões tributárias, à exceção de assuntos previdenciários e defesas perante o Tribunal de Contas. Não possui condições de dizer sobre prejuízo ao erário, pois houve glosa parcial dos valores compensados pela municipalidade. Não participou da contratação do escritório de advocacia, mas folheou o processo administrativo e viu que havia “*uma pesquisa de preços e [o contratado] foi escolhido com base naquilo que demonstrou o escritório em termos de 'know-how' e etc.*”. O Município contava com apenas 8 vagas para o cargo de procurador – uma delas não preenchida – e a carga de trabalho era grande (depoimento transcrito às fls. 1592/1597).

De outra banda, Wagner Correia da Silva – testemunha da



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

defesa – atual vice-prefeito, aduziu que, à época da contratação do escritório *Nelson Wilians & Advogados Associados*, exercia a função de Secretário de Negócios Jurídicos do município e foi informado por **José Geraldo**, que, em contato com o Prefeito de Itu, este lhe disse que *“estavam realizando um trabalho de compensação tributária (...) que os Municípios estariam recolhendo valores indevidos ao INSS, que podia se recuperar e geraria uma receita a mais”*. Foi consultado pela Secretária de Finanças, *Edimara*, sobre a possibilidade de realização daquele trabalho pela Procuradoria e informou que *“aquela matéria não era usual, não era o nosso dia-a-dia, era uma coisa nova e não tínhamos pessoal para realizar esse tipo de trabalho”*; após, foi novamente consultado sobre a possibilidade de contratação de escritório de advocacia, tendo orientado *“inclusive pela contratação por inexigibilidade de licitação”*, notadamente em razão da *“singularidade do objeto e a notória especialização do contratado. E foram esses pontos que eu destaquei na época. Era uma matéria singular, não era usual, não tínhamos pessoal capacitado, pouca gente e bastante trabalho no dia-a-dia da prefeitura, para se ficar em uma matéria nova, e diante do material que estava juntado aos autos, dos dois escritórios, nós vimos uma maior estrutura profissional e operacional por parte da Sociedade Nelson Willians e foram esses os motivos determinantes da nossa orientação pela contratação”*; o escritório contratado possuía diversos profissionais especializados e sedes em diversas localidades – inclusive em Brasília, o que facilitava o contato com os Tribunais Superiores. Não foi procurado por **José Geraldo** ou por *Edimara* para que desse qualquer parecer. Nenhum dos Procuradores era especializado em direito tributário e somente atuavam em questões relacionadas a tributos municipais; a municipalidade nunca havia efetuado qualquer tipo de *“recuperação tributária”* (depoimento transcrito às fls. 1597-v/1602-v).

Janaína Bassetti, Procuradora do Município desde 2005, asseverou que a Procuradoria contava com oito cargos criados; não se recorda se, à época, todos estavam preenchidos ou se algum estava vago; a jornada de trabalho é de cinco horas diárias, mas, em razão do *“volume*





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*excessivo de serviço*”, era comum fazer horas extras “*para conseguir dar conta dos prazos*”. O trabalho da Procuradoria é direcionado, principalmente, ao acompanhamento de casos de licitação, contratos administrativos, execuções fiscais, defesas cíveis em geral e acompanhamento de ações que visam a concessão de vagas em creches, envolvendo medicamentos, internações compulsórias e trabalhistas. Não atuam na área tributária federal – “*não tenho conhecimento aprofundado do sistema tributário nacional, no aspecto federal*”. Soube do contrato firmado com o escritório “*Nelson Willians*”, mas não participou de sua celebração; tomou conhecimento de que, após o distrato, a Procuradoria perdeu prazo de uma impugnação administrativa perante a Receita Federal e foi obrigada a confessar a dívida tributária para aderir ao “*Refis*”. A compensação de créditos tributários municipais é feita por um sistema próprio, vinculado à a Secretaria de Finanças, ao passo que a de tributos federais se dá por intermédio do sistema da GFIP, atrelado à Secretaria de Administração e controlado pelo setor de Recursos Humanos. Pelo que sabe, o escritório de advocacia contratado fazia a “*parte mais difícil*”, consistente no levantamento de cada título que foi pago (férias, aviso prévio etc.) e auxiliava diretamente o funcionário da Prefeitura responsável pelo lançamento dos dados no sistema GFIP. Já atuou em defesa da municipalidade face ao fisco federal, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, ajuizando, respectivamente, impugnação administrativa e mandado de segurança (depoimento transcrito às fls. 1603/1608).

Pois bem.

Como se constata, a olho desarmado, não há margem a dúvida que, de fato, houve contratação direta do escritório de advocacia *Nelson Willians & Advogados Associados* com inexigência de licitação. Entretanto, a hipótese em tela não autorizava a dispensa do procedimento

<sup>3</sup> Art. 25. “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...) II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

licitatório, porquanto não preenchidos os requisitos dos artigos 25, II<sup>3</sup>; e 13, III e V<sup>4</sup> da Lei nº 8.666/93.

Tampouco há notícia de que o Município de Salto tenha, de fato, diligenciado junto a diversos escritórios de advocacia com vistas justificar a contratação direta – ou mesmo que existisse relação de confiança entre o Alcaide e os corrêus; sequer há indícios a respeito de, no mínimo, prévia cotação de preços, vez que a inexigibilidade de licitação não equivale à contratação informal.

Ademais, as cláusulas do contrato de prestação de serviços (fls. 20/27) demonstram de forma inequívoca o conluio e desvio de finalidade do negócio jurídico; atribui ao município o dever de efetuar o pagamento de expressivos R\$ 2.563.389,80 (dois milhões, quinhentos e sessenta e três mil, trezentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos) pelos custos dos serviços

---

<sup>3</sup> Art. 25. “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...) II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”.

<sup>4</sup> Art. 13. “Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...) III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

(...) V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

advocatícios que seriam prestados<sup>5</sup> – o que de fato ocorreu, conforme comprovantes de pagamento de fls. 142/313.

Não se pode olvidar que o crime do artigo 89 da Lei nº 8.666/93 configura-se quando “*são inobservadas as formalidades da lei de licitações*”. Com efeito, esse diploma normativo foi editado no contexto da política de moralidade administrativa adotada pela Constituição Federal de 1988 e o bem jurídico protegido pelo dispositivo citado é *assegurar a estrita excepcionalidade das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação pública, garantindo a respeitabilidade, probidade, integridade e moralidade das contratações públicas [...] visa, acima de tudo, proteger a lisura e transparência na contratação pública, exigindo retidão no processo licitatório para permitir*

<sup>5</sup> Ajuizamento de dois mandados de segurança: o primeiro (processo nº 0009187-30.2011.4.03.6110), “*objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente a contribuição social previdenciária incidente sobre adicional de horas extras, adicional noturno, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade, adicional de transferência e aviso prévio indenizado e respectiva parcela do 13º salário, até o julgamento final*” (fl. 768); e o segundo (processo nº 0006483-44.2011.4.03.6110, “*objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica que o obrigue ao recolhimento da contribuição previdenciária patronal prevista no art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91, sobre as remunerações pagas aos seus empregados nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento de funcionários doentes (antes da obtenção do auxílio-doença e auxílio acidente), bem como a título de salário maternidade, férias gozadas e um terço constitucional de férias, sob a argumentação de que se trata de cobrança inconstitucional e ilegal, visto que são verbas com caráter não salarial. Pleiteia, também, o reconhecimento do direito à compensação dos valores pagos indevidamente a esse título nos 10 (dez) anos anteriores e nos últimos 5 (cinco) anos posteriores à vigência da LC nº 118/05, com parcelas vencidas e vincendas de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, em especial os arrecadados pelo INSS, como as contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários, nos termos do artigo 66 da Lei nº 8.383/91, com incidência de correção monetária e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir de cada recolhimento indevido e taxa SELIC a partir de 01/01/1996 ou, subsidiariamente, aplicação dos mesmos índices de correção monetária e juros aplicados pela SRFB na cobrança de seus créditos. Por fim, pugnou sejam afastadas as restrições contidas nos artigos 3º e 4º da mencionada LC nº 118/2005 ou no 3º do artigo 89 da Lei nº 8.212/91, bem como quaisquer outras restrições, de cunho administrativo ou judicial, tendentes a obstar o exercício do direito reconhecido nos presentes autos ou exigir os valores em tela*” (fl. 775).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*ampla competição observando a regra da isonomia concorrencial* (BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito Penal das Licitações. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132). Pelos mesmos motivos, o delito do parágrafo único do artigo 89 da referida norma prevê a responsabilidade do particular, nas hipóteses de inobservância do certame: [...] *o tipo descrito no parágrafo único do art. 89 apresenta uma peculiaridade especial: limitação da intervenção e da punibilidade do 'extraneus', que é condicionada a obtenção de benefício representado pela celebração de contrato com o Poder Público* (BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 136).

Assim, para que haja a contratação direta de escritórios de advocacia pela municipalidade, necessário o preenchimento cumulativo de quatro requisitos, consistentes na: “[...] *a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado [...]*” (STF, Inq 3074, Re. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 02.10.2014). Em semelhante direção o enunciado da Súmula nº 252 do TCU: *“A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado”*<sup>6</sup>.

Ocorre que não se está diante de qualquer caso de singularidade, uma vez que a questão atinente ao recolhimento de tributos – assim como eventual compensação ou repetição – é matéria nitidamente imbricada ao interesse público, de sorte que a promoção das medidas cabíveis

<sup>6</sup> Nesse sentido leciona Maria Sylvia Zanella di Pietro: *“A contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação (inciso II); não é para qualquer tipo de contrato que se aplica essa modalidade: é apenas para os contratos de prestação de serviços, desde que observados os três requisitos, ou seja, o de tratar-se de um daqueles enumerados no artigo 13, o de ser de natureza singular, e o de ser contratado com profissional notoriamente especializado”* (in Direito administrativo. 30ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

caberia aos próprios servidores do ente.

Registre-se, neste particular, que a despropositada versão de não serem os Procuradores do Município “*especializados*” na matéria – além de não encontrar qualquer comprovação nos autos – contrasta com a finalidade última da própria existência do cargo.

Isto porque **José Geraldo** sancionou e promulgou, durante a vigência de seu mandato, a Lei Municipal nº 2.814, de 16 de maio de 2007 – que “*institui o plano de carreiras, cargos e salários dos servidores municipais da Prefeitura da Estância Turística de Salto/SP*” – na qual consta expressamente que a atribuição precípua dos Procuradores do Município consiste em “*representar a Prefeitura da Estância Turística de Salto, na esfera judicial e fora dela, e prestar consultoria e assessoramento jurídico à administração pública e seus órgãos*” (art. 8º, IV, 'a', 1).

De se notar outrossim, que nada justificava o expressivo valor desembolsado pela municipalidade, o qual, consoante manifestação ministerial, “*corresponde a 90 vezes o teto remuneratório do serviço público vigente na época e para ingressar com dois mandados de segurança o aludido escritório recebeu o equivalente a 07 anos e meio de trabalho de um Ministro do Supremo Tribunal Federal*” (fl. 1655).

Como bem ressaltou o i. Procurador do Ministério Público de Contas à fl. 796, “*a Administração Pública tem um excelente mecanismo para (...) buscar o melhor prestador de serviços: é o concurso público. O concurso público consagra a meritocracia e, assim, refuta todo e qualquer favoritismo e violação do princípio da impessoalidade; nada melhor (...) para escolher isonomicamente o melhor prestador de serviços, e aqui no caso, um Procurador Jurídico concursado*”.

De outro vértice, a apresentação de proposta por parte do



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

escritório *Castelucci Figueiredo e Advogados Associados*<sup>7</sup> (fls. 477/499), ratificava a viabilidade do processo licitatório e a impossibilidade de escolha discricionária do profissional que atuaria em socorro da municipalidade<sup>8</sup>.

Ao que se afere, de fato, não se está a tratar de mera contratação direta e isolada, mas de esquema criminoso perpetrado por diversos Alcaldes de inúmeras comarcas paulistas que, escorando-se no subterfúgio da inexigibilidade de licitação, valiam-se de tal expediente para contratar, por vultosas somas, escritórios de advocacia adrede conluiados com os agentes públicos<sup>9</sup>.

Com pena de mestre o escólio de José dos Santos Carvalho Filho pontua:

*[...] é mister consignar que a contratação direta no caso em pauta deve ser vista como exceção ao princípio licitatório, e exceção bem delineada. Lamentavelmente, alguns administradores desonestos ou despreparados têm recorrido a essa modalidade para escapar àquele princípio, cometendo flagrante desvio de finalidade e ofensa ao princípio da moralidade e, frequentemente, provocando graves prejuízos à Administração. (in Manual de direito administrativo. 27ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 276).*

Na hipótese em análise, como se deduz do cotejo

<sup>7</sup> Veja-se que um dos sócios de referido escritório foi condenado, junto a diversos prefeitos (Iperó, Itirapina, Mococa, Mombuca etc.), pela prática de crimes com semelhante *modus operandi* (vide acórdãos às fls. 1716/1750, 1751/1765, 1766/1790 e 1791/1847).

<sup>8</sup> Confira-se, a propósito lista com diversos escritórios de advocacia que atuavam no mesmo ramo do contratado (fls. 1686/1715).

<sup>9</sup> Consoante argumentação do i. Desembargador Álvaro Castelo, “[...] o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo apurou que a CASTELLUCCI E FIGUEIREDO E ADVOGADOS ASSOCIADOS, num único ano, por força de contratos celebrados com diversas prefeituras municipais, sem exigibilidade de licitação, recebeu cerca de R\$ 45.000.000,00, pelo o que se estima que desde 2003 até a presente data, referida empresa já tenha recebido mais de meio bilhão de reais das municipalidades por compensações tributárias indevidas. [...]”. (TJSP, Apelação Criminal 0001377-32.2015.8.26.0082, 3ª Câmara de Direito Criminal, j. em 18/02/2020 – trecho do acórdão).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

analítico entre os fatos apurados e o tipo penal imputado, respeitado enfoque em contrário, o dolo de **José Geraldo** restou evidenciado pela homologação do procedimento de inexigência de licitação – ao arrepio de diversos comunicados do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (v.g. Comunicados SDG nº 32/2013 e GP nº 19/2016) – prova direta e convergente, excludente de qualquer outra versão factível e favorável, restando demonstrado o *animus* de lesar o erário.

Confira-se a iterativa jurisprudência desta Colenda Corte

Bandeirante:

*AÇÃO PENAL – PREFEITA MUNICIPAL QUE INCIDIU EM CRIMES DE RESPONSABILIDADE E CRIMES PREVISTOS NA LEI DE LICITAÇÕES – APLICABILIDADE DA REGRA DA INEXIGIBILIDADE DA COMPETIÇÃO EM HIPÓTESE NÃO ALCANÇADA PELO REGRAMENTO – ASSINATURA DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO QUE SE DESTINOU EXCLUSIVAMENTE PARA O DESVIO DE RENDA PÚBLICA AO LONGO DE DOIS ANOS – PROVA IRREFUTÁVEL DO DOLO E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE DELINEADA – EXISTÊNCIA DE SEGURA ORIENTAÇÃO AO TEMPO DO CRIME PROIBINDO A CONTRATAÇÃO E DISPENSA DO CERTAME LICITATÓRIO – CONFISSÃO INDIRETA ERIGIDA AO TEMPO DO INTERROGATÓRIO – POSTURA DE RESPONSABILIZAR TERCEIRO QUE NÃO LHE SOCORREU – AÇÃO PENAL PROCEDENTE E CONDENAÇÃO A SER CUMPRIDA EM REGIME SEMIABERTO, COM PERDA DO CARGO, INABILITAÇÃO POR CINCO ANOS, REPARAÇÃO DO DANO, PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS E MULTAS DE DIFERENTES NATUREZAS, NOS TERMOS DO V.*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*ARESTO. (...) (TJSP, Ação Penal - Procedimento Ordinário 0072129-81.2015.8.26.0000, Rel. Des. Euvaldo Chaib, 4ª Câmara de Direito Criminal, j. em 27/08/2019).*

*(...) CRIME PREVISTO NO ARTIGO 89 da LEI DE LICITAÇÕES – dispensa ilegal de licitação – contratação de escritório de advocacia sem prévia licitação – dolo dos agentes de causar dano ao erário – demonstrado – provimento ao recurso para condenar os réus. (...) PENAS PARA OS RÉUS ALÉCIO E IZAQUIEL PARA OS CRIME PREVISTO NO ARTIGO 89 da LEI DE LICITAÇÕES – primeira fase – circunstâncias do crime e consequências do crime – segunda fase – ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes – pena permanece tal como fixada na fase anterior – terceira fase inalterada – ausentes causas de aumento ou de diminuição da pena – reconhecida a continuidade delitiva. PENA PARA O RÉU ANTONIO PARA CRIME PREVISTO NO ARTIGO 89 da LEI DE LICITAÇÕES – primeira fase – circunstâncias do crime e consequências do crime – segunda fase – presente a agravante da reincidência – terceira fase inalterada – ausentes causas de aumento ou de diminuição da pena – reconhecida a continuidade delitiva. (TJSP, Apelação Criminal 0004737-14.2015.8.26.0360, Rel. Lauro Mens de Mello, 6ª Câmara de Direito Criminal, j. em 27/06/2019).*

*LICITAÇÃO - Infringência do art. 89, "caput" e parágrafo único da Lei 8.666/93 - Apelante que, ocupando cargo de prefeito, contratou, sem licitação, advogado para propositura de ação ordinária - Advogado contratado que concorreu para a ilegalidade do ato, beneficiando-se -*





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*Ausência dos requisitos legais dispostos nos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 - Afastada a natureza "singular do serviço" - Não caracterizada a "notória especialização" do profissional - Obrigatoriedade de Licitar - Desobediência do art. 23 da Lei de Licitação - Autoria e materialidade comprovadas - Condenação mantida —Ajustado o regime prisional fixado na sentença —Lei licitatória prevê somente a modalidade de detenção - Parcialmente provido o apelo de RUY apenas para fixar o regime carcerário em semiaberto - Improvido o recurso de ÂNGELO. (TJSP, Apelação Criminal 0008381-13.2000.8.26.0223, Rel. Des. Ribeiro dos Santos, 15ª Câmara de Direito Criminal, j. em 22/04/2008. No mesmo sentido: Apelação Criminal 0003602-39.2006.8.26.0244, Rel. Des. Ribeiro dos Santos, 15ª Câmara de Direito Criminal, j. em 20/01/2011).*

O prejuízo financeiro ao erário é irrefutável, na medida em que a municipalidade arcou com o pagamento de mais de dois milhões de reais para a execução dos serviços cuja competência e capacidade técnica incumbia diretamente à Procuradoria local, conforme acima discorrido.

Não se pode perder de vista, outrossim, que o escritório contratado sugeriu que a municipalidade efetuasse diversas compensações extemporâneas e *contra legem* (v. art. 170-A do Código Tributário Nacional), o que implicou na glosa, seguida de autuações milionárias por parte do Receita Federal, em prejuízo dos cofres de comarca.

Não por outro motivo o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada na Câmara Municipal da Estância Turística de Salto concluiu que:

*[...] além da irregularidade do contrato e da dispensa de licitação, é que, conforme exposto, o montante de recursos*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*envolvidos nas compensações representou 11,04% de toda a despesa com pessoal no período; bem como, 4,10% de toda a receita corrente líquida de 2012, de tal sorte que foi bastante expressivo e capaz de alterar os índices do resultado da execução orçamentária e despesas com pessoal preconizado pela Lei Fiscal. Assim, as operações afetas ao contrato sob análise interferiram definitivamente na regularidade daquelas contas.*

*Além disso, o desrespeito ao princípio da legalidade produziu danos profundos nas contas públicas do Município. As operações de compensação realizadas somaram cerca de R\$ 12 milhões, que com decisão desfavorável terão que ser devidamente recolhidos com a companhia de cerca de mais R\$ 18 milhões referentes a juros e correções, perfazendo um total de cerca de 30 milhões, algo próximo a 10% do orçamento de um ano todo do Município, ou seja, haverá um comprometimento gravíssimo das contas públicas por conta da gestão temerária e irresponsável praticada pelos agentes públicos responsáveis por tal contratação e pelas operações realizadas” (fls. 656/666 – g.n.).*

E não é só. Ainda que a contratação direta não tivesse atingido o interesse público secundário (direitos meramente patrimoniais da administração pública), é – como visto – contrária ao interesse público primário, porquanto a destinação de elevado montante de recursos a favor de escritório de advocacia sem a devida realização de processo competitivo (artigo 3º da Lei nº 8.666/93) também caracteriza prejuízo ao Poder Público porque impossibilita a escolha da melhor oferta – princípio basilar da Lei de Licitações.

A título de exemplo:

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*ESPECIAL. OFENSA AO ART. 89 DA LEI 8.666/93. DOLO ESPECÍFICO E DANO AO ERÁRIO APONTADOS PELO TRIBUNAL A QUO. ALTERAÇÃO DO JULGADO. REEXAME DOS ELEMENTOS FÁTICOS E PROBATÓRIOS DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O aresto recorrido está em sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior, a qual acompanha o entendimento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Inq. n. 2.482/MG, julgado em 15/9/2011), no sentido de que a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar danos ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos, malgrado ausência de disposições legais acerca dessa elementar. 2. A alteração do julgado, de modo a afastar a conclusão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no sentido de que o acusado agiu com dolo, demandaria necessariamente a incursão nos elementos fáticos e probatórios dos autos, providência inviável nesta sede especial, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp nº 1186520/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, J. 03.05.2018, DJe 11.05.2018 – g.n.).*

Logo, os elementos coligidos e retro analisados demonstraram, *quantum satis*, a indevida inexigência do procedimento licitatório, homologada por **José Geraldo** (Chefe do Poder Executivo), conduta que se amolda ao crime do artigo 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

Passa-se à dosimetria das penas.

As bases ficam estabelecidas 1/3 (um terço) acima dos mínimos em razão da culpabilidade, circunstâncias, motivos e consequências



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

do delito, isto é, 04 (quatro) anos de detenção e multa de 2,6% do valor do contrato (artigo 99 da Lei de Licitações).

Cabe ponderar que a contratação direta – e fora das hipóteses legais – implica em efeito perverso a toda a coletividade, sabotando a concorrência, com a exclusão de diversos profissionais em situações análogas que detinham real interesse em contratar com o Poder Público, prestando-lhe idênticos serviços. Com tal conduta, o Alcaide acabou por malferir todos os princípios constitucionais que deveriam nortear sua atuação (CF, art. 37, *caput*). Ademais, o compadrio entre o Chefe do Executivo e os contratados, que auferiram vultosa quantia, a título de “honorários”, resultou em expressivo desfalque aos cofres públicos, notadamente se se consideradas as açodadas e ilegais compensações levadas a cabo pelo município – sob a orientação dos corrêus – as quais culminaram em autuações da Receita Federal, prejuízo estimado pela Casa de Leis local em “30 milhões, algo próximo a 10% do orçamento de um ano todo do Município” (fls. 656/666).

Em reforço, observa-se que, mesmo ciente de que a celebração do negócio jurídico, no valor estimado de R\$ 2.563.389,80, representaria o equivalente a 45,5% “sobre o orçamento total inicial da Secretaria de Finanças (R\$ 5.634.000,00)” prevista para o exercício de 2011 (fl. 545), **José Geraldo** ratificou a contratação direta (fl. 547).

Descabido, de outra banda, o incremento das sanções em razão do cargo ocupado pelo réu por se tratar de circunstância elementar do próprio tipo penal, consoante a iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça (STJ, HC 163.204/PB, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 19/10/2012. No mesmo sentido: REsp nº 1.509.998/CE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. monocraticamente em 20.08.2018, DJe 23.08.2018; e HC 108.989/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 28/10/2008, DJe 17/11/2008).

Na segunda fase, as reprimendas são acrescidas de 1/6



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

(um sexto) por força da agravante do artigo 61, II, 'g', do CP (violação do dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão) – pois, como visto, a viabilidade da contratação direta se deu, exatamente, porque o réu ocupava a cadeira de Chefe do Executivo Municipal e violou dever inerente ao cargo para o qual foi eleito – obtendo-se, em definitivo, à míngua de outras modificadoras, **04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de detenção e multa de 3% (três por cento) do valor do contrato.**

O regime prisional deve ser o inicial **semiaberto**, único capaz de cumprir as exigências preventivas e repressivas da pena, porquanto a gravidade concreta da conduta – já minuciosamente analisada – o *quantum* de pena e as circunstâncias judiciais desfavoráveis desautorizam o estabelecimento de regime mais brando (cf. artigo 59, III; c.c. artigo 33, § 3º, do Código Penal)<sup>10</sup>, especialmente em se tratando de delito cometido no contexto *lato* de *corrupção*, que assola o país e traz intranquilidade aos cidadãos, diuturnamente receptivos de notícias sobre constantes *pilhagens* aos cofres públicos, resultando na vexatória posição do Brasil – em 106º lugar – no *Índice de Percepção da Corrupção de 2019*, organizado pela Transparência Internacional<sup>11</sup>.

*Exempli gratia:*

**PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 89 DA LEI N. 8.666/93,  
 NA FORMA DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL.  
 DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE.  
 EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME  
 INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL**

<sup>10</sup> Nesse sentido os precedentes desta Colenda Câmara: Apelação Criminal 0000911-50.2015.8.26.0466, Rel. Des. Willian Campos, 15ª Câmara de Direito Criminal, j. em 04/07/2019; Apelação Criminal 0009299-95.2008.8.26.0268, Rel. Mauricio Valala, 15ª Câmara de Direito Criminal, j. em 03/08/2017; e Apelação Criminal 0000714-73.2008.8.26.0488, Rel. Antonio Tadeu Ottoni, 15ª Câmara de Direito Criminal, j. em 12/03/2015.

<sup>11</sup> A mesma cartilha recomenda ao Brasil, dentre outros, a criação de “*mecanismos para garantir que a oferta de serviços estatais e a alocação de recursos públicos não sejam orientados por conexões pessoais, nem favoreçam grupos de interesses especiais em detrimento do bem comum*”. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1> Acesso em 18.09.2020.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*POR RESTRITIVA DE DIREITOS. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ORDEM DENEGADA. 1. Não há ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. 2. Diante do quantum definitivo de pena (superior a 4 anos) e presente circunstância judicial desfavorável, é inviável o abrandamento do regime inicial semiaberto para o aberto, bem como não há ilegalidade na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos dos artigos 33, § 3º, e 44, I, do Código Penal. 3. Ordem denegada. (STJ, HC 396.692/MA, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017. No mesmo sentido: HC 418.041/MA, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 07/11/2018; e HC 105.077/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 29/04/2010, DJe 07/06/2010).*

Inviável – pelos mesmos motivos – a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, art. 44, III).

Em epílogo, impositiva a declaração da perda do mandato eletivo de **José Geraldo**, nos termos do artigo 92, I, 'a', do Código Penal, c.c. 83, da Lei nº 8.666/93.

Custas na forma da lei.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

*Ex positis, julga-se procedente* a ação penal originária para condenar José Geraldo Garcia como incurso no artigo 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93; c.c. 61, II, 'g', do Código Penal ao cumprimento de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de multa equivalente a 3% (três por cento) do valor do contrato. Decretada a perda do mandato eletivo. Expeça-se mandado de prisão após o trânsito em julgado.

**GILBERTO FERREIRA DA CRUZ**

**Relator**