



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000427066

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0005149-09.2012.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes HÉLIO DE OLIVEIRA SANTOS, PAULO MALLMANN, ANTONIO CARIA NETO e PAULO ROBERTO CARDOSO NEUMEISTER, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO aos recursos para absolver os acusados, por insuficiência probatória, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.V.U. Esteve presente na sessão de julgamento telepresencial o doutor Leonardo Vinicius Battochio.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMABLE LOPEZ SOTO (Presidente), VICO MAÑAS E JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 25 de maio de 2021.

AMABLE LOPEZ SOTO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação: Autos nº 0005149-09.2012.8.26.0114

Comarca: Campinas – 3ª Vara Criminal

Apelantes: Hélio de Oliveira Santos, Paulo Mallmann, Antonio Caria Neto e Paulo Roberto Cardoso Neumeister

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Voto n. 22393

Crime do art. 89 da Lei 8066/93 – Dispensa do procedimento licitatório sem o cumprimento das formalidades legais – Acusados absolvidos por falta de provas – Necessidade de demonstração do elemento subjetivo do tipo – Razoável dúvida, inclusive entre procuradores municipais, sobre qual o instrumento jurídico a ser adotado – Precedentes dos Tribunais Superiores.

HÉLIO DE OLIVEIRA SANTOS, PAULO MALLMANN, ANTONIO CARIA NETO e PAULO ROBERTO CARDOSO NEUMEISTER foram condenados pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campinas, por infração ao artigo 89, *caput*, da Lei 8666/93, cada um, às penas de 03 (três) anos de detenção, em regime inicial aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso (fls. 3661/3680).

Anoto que, por ocasião do julgamento anterior dos recursos de apelação apresentados exclusivamente pelos réus, esta C. 12ª Câmara de Direito Criminal anulou a r. sentença por cerceamento de defesa, determinando-se que diligências fossem realizadas (fls. 2798/2803).

O Ministério Público apresentou apelação buscando a exasperação das penas dos acusados, mas o juízo *a quo* acatou pleito defensivo e reconsiderou sua decisão anterior, não recebendo o recurso (fls. 3765/ 3777 e 3807).

Antonio Caria Neto pleiteia, em preliminar, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, já que o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

magistrado *a quo* indeferiu a produção de prova cabal à absolvição do apelante, no caso, a requisição de informações à Municipalidade sobre quem deixou de apresentar os recursos administrativos à Receita Federal. No mérito, reclama a absolvição por inexistência ou insuficiência de provas, especialmente do dolo (fls. 3747/3764).

Paulo Roberto Cardoso Neumeister, em prequestionamento, pleiteia, preliminarmente, a anulação da sentença ante o não enfrentamento de questões formuladas nas alegações finais e a não apreciação dos documentos apresentados pela Defesa. No mérito, reclama a absolvição por atipicidade da conduta ante a ausência de dolo ou por inexigibilidade de conduta diversa ou por ausência de potencial consciência de ilicitude ou por exercício regular de dever funcional (fls. 3778/3806).

Paulo Mallmann pleiteia a absolvição por insuficiência de provas, especialmente do dolo, ou por ter agido no estrito cumprimento de dever legal (fls. 4082/4098).

Hélio de Oliveira Santos pleiteia, em preliminar, a anulação da sentença por ausência de imparcialidade do Juízo, suspeito, pelas razões que elenca, para julgar a causa, devendo o feito ser redistribuído em homenagem ao princípio do juiz natural e imparcial. Em preliminar, reclama também nova anulação do feito por cerceamento de defesa, uma vez que não teria sido cumprida a determinação constante do acórdão anulatório de fls. 2798/2803, para que se oficiasse à Secretaria Municipal de Finanças de Campinas a fim de que respondesse a questionamentos específicos, direcionados aos valores aportados à municipalidade em decorrência do convênio de que trata a denúncia. No ponto, sustenta que, contrariamente ao que consta da denúncia, a prova oral produzida em Juízo indica que não houve prejuízo, mas lucro da ordem de trinta milhões de reais, aproximadamente. No mérito, pleiteia a absolvição, ou porque a condenação resultou de aplicação de responsabilidade objetiva ou por atipicidade da conduta ou por inexistência de provas especialmente do dolo ou porque a hipótese era mesmo de dispensa de licitação ou por ausência de prejuízo à municipalidade (fls. 3835/4080).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 3819/3830 e 4104/4112), a Procuradoria de Justiça propôs a rejeição das preliminares e, no mérito, opinou pelo não provimento dos apelos (fls.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4122/4138).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 18 de março de 2011, no Paço Municipal, situado na Avenida Anchieta, nº 200, nesta cidade e comarca de Campinas, **Hélio de Oliveira Santos**, à época prefeito municipal, atuando juntamente e com identidade de propósitos e unidade de desígnios com **Antonio Caria Neto**, **Paulo Mallmann** e **Paulo Roberto Cardoso Neumeister**, respectivamente, secretário de assuntos jurídicos, secretário de finanças e diretor administrativo-financeiro da Secretaria Municipal de Finanças, teria deixado de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade de licitação. **Celso Chaves** teria concorrido de qualquer modo para a prática do delito descrito.

Helio, Prefeito do Município de Campinas à época dos fatos, celebrou convênio com a entidade civil denominada *Instituto Cidad – CPqCFP*, representada pelo corréu **Celso**, tendo por objeto *“pesquisa a ser realizada pelos convenientes para desenvolvimento institucional na área da Administração Pública. Essa pesquisa também irá ser levada a cabo pela PUC-SP, que agirá em colaboração com o instituto”*.

O interesse no aludido negócio jurídico resultou na abertura do processo administrativo nº 2010/10/26623.

O acusado **Paulo Roberto**, diretor administrativo-financeiro da Secretaria Municipal de Finanças, externou interesse em duas das áreas de pesquisa apresentadas pelo instituto. Com isso, o Secretário de Finanças, **Paulo Mallmann**, solicitou que fossem apresentadas propostas relativas às linhas de pesquisa indicadas.

Na sequência, o instituto apresentou as certidões referentes às entidades que o compunham, dentre as quais havia pessoas jurídicas com fins lucrativos. O procedimento foi encaminhado pelos réus **Paulo Mallmann** e **Paulo Roberto**, com pareceres favoráveis ao convênio, à Secretaria de Assuntos Jurídicos.

O parecer da diretora do Departamento de Assessoria Jurídica do Município, *Ana Paula Berenguel*, contudo, foi



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contrário ao negócio jurídico, diante da constatação de diversas irregularidades – dentre elas, o fato de se tratar de um verdadeiro contrato e não convênio. Após a apresentação de novos documentos pelo instituto, a diretora reiterou sua oposição à celebração do negócio jurídico.

Todavia, o acusado **Antonio Caria Neto**, novo Secretário de Assuntos Jurídicos, ignorou o parecer da procuradora, enquanto que **Paulo Roberto** apresentou novo documento opinativo, de sua lavra, justificando a necessidade e a legalidade do convênio.

O negócio jurídico foi celebrado no valor de R\$ 3.907.813,60 (três milhões, novecentos e sete mil, oitocentos e treze reais e sessenta centavos), impondo-se ao Município o ônus de arcar com R\$ 3.600,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Na data de 22 de setembro de 2011, a 1ª Vara da Fazenda Pública de Campinas concedeu liminar, em ação popular, para suspender os pagamentos ao *Instituto Cidad*.

Afirma o Ministério Público, por fim, que *“os denunciados deflagraram o procedimento administrativo para a formalização de um convênio apenas e tão somente com o propósito de conferir uma roupagem de ato lícito, que traria benefícios ao Município, a algo espúrio na origem, levado a efeito com a evidente finalidade de burlar as disposições da Lei de Licitações e que causou ao Município prejuízo estimado em um milhão e meio de reais”*.

Deixo de analisar as preliminares diante da solução absolutória que segue.

Transcrevo a seguir, com a devida vênia, o trecho da r. sentença que bem reproduziu a prova oral colhida:

“Quando interrogado, em Juízo, o réu Hélio de Oliveira Santos, após inúmeras considerações sobre sua pessoa e vida profissional, negou os fatos acabou por admitir indiretamente a acusação contra ele formulada. Disse, em suma, ter ocupado o cargo de Prefeito Municipal na época dos fatos. Asseverou desconhecer qualquer ilicitude na realização do convênio com o



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Instituto Cidad. Afirmou que contava com uma equipe de assessores para verificar a viabilidade dos negócios realizados pelo Município, pois, pessoalmente, é impossível tal verificação, diante da quantidade de negócios firmados pela Administração Municipal. Contou não ter sido procurado, em nenhum momento, pela Procuradora Municipal Dra. Ana Paula, que poderia ter relatado eventual ilicitude no procedimento. Disse que a dispensa de licitação foi por ele percebida de forma sutil, mas entendeu melhor prosseguir para "o bem do Município".

Quando interrogado, em Juízo, o réu Paulo Mallmann, também após diversas considerações sobre sua pessoa e vida profissional, negou os fatos. Contou, em suma, ter ocupado o cargo de Secretário de Finanças do Município na época dos fatos. Relatou não ter vislumbrado qualquer irregularidade na elaboração do convênio. Ressaltou ter havido um erro de interpretação por parte da Procuradora Municipal em seu parecer técnico e que, pela análise de seus pareceres, podia se verificar a possibilidade de formação do convênio.

Quando interrogado, em Juízo, o réu Antonio Caria Neto, também após diversas considerações sobre sua pessoa e vida profissional, negou os fatos. Afirmou, em suma, ter ocupado o cargo de Secretário de Assuntos Jurídicos do Município. Disse ter havido simples divergência de entendimentos a respeito do negócio jurídico firmado com o Instituto Cidad. Asseverou entender se tratar de uma situação em que se justificava a formalização do convênio, estando presentes, no caso, todos os requisitos necessários.

Quando interrogado, em Juízo, o réu Paulo Roberto Cardoso Neumeister, também após diversas considerações sobre sua pessoa e vida profissional, negou os fatos. Disse, em síntese, ter ocupado o cargo de diretor administrativo-financeiro da Secretaria de Finanças na época dos fatos. Afirmou ter apenas analisado a área técnica-econômica do negócio junto ao Instituto Cidad, não sabendo explicar a respeito de aspectos jurídicos do negócio.

[...]

A testemunha comum Ana Paula Leopardi Melo Bacci Berenguel, ouvida em Juízo, em suma, contou ocupar, à



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

época dos fatos, o cargo de diretora do Departamento Jurídico no Município de Campinas. Disse, em depoimento detalhado, direto e explicativo que era responsável pela análise dos procedimentos de contratação e foi incumbida de analisar a proposta de convênio junto ao Instituto Cidad. Afirmou ter realizado o parecer contrário ao referido negócio jurídico, confirmando todo o teor do documento que se encontra acostado nos autos. Asseverou ter verificado, com clareza, desde o início, não estarem presentes as características básicas para a formação de um convênio. Não se tratava de dispêndio de mútuo esforço dos envolvidos para alcançar um objetivo comum, mas sim de típica contratação de uma pessoa jurídica para a prestação de um serviço à Administração Pública. Atestou ser evidente a natureza contratual da avença razão pela qual descartou em seu parecer a possibilidade da realização do convênio. Ressaltou ter pedido maiores esclarecimentos a fim de verificar a possibilidade de enquadramento do negócio numa das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Contou ter retornado a ela o procedimento administrativo, contudo, sem atender o que havia solicitado anteriormente. Ao contrário, estavam insistindo na possibilidade da realização do convênio. Asseverou ter novamente rechaçado a realização do convênio, pelos mesmos motivos elencados no primeiro parecer, apenas ressalvando, caso fosse optado para a formalização do convênio, que fossem atendidas as instruções do Tribunal de Contas do Estado. Aduziu que, em dezesseis anos como Procuradora Municipal, foi uma situação incomum o afastamento de seu parecer contrário ao convênio da forma como ocorreu. Relatou, ainda, que, além do nítido objeto contratual do negócio, o Instituto Cidad era composto por sociedades com fins lucrativos, o que contrariava a orientação do Tribunal de Constas de São Paulo, que recomenda a formalização de convênios apenas com entidades sem fins lucrativos. Contou ter lhe causado estranheza o fato de o Município juntar ao procedimento administrativo um parecer jurídico feito por pessoa fora da Administração Municipal, o qual contrariava frontalmente seu parecer, sendo tal parecer a favor da realização do convênio.

A testemunha de defesa Michele Veloso Stoffel Barbieri, ouvida em Juízo, aduziu trabalhar como Procuradora no Município de Campinas na época dos fatos. Contou que a formalização do convênio ocorreu de forma natural, como ordinariamente ocorre na Administração Municipal. Disse entender que se trata de matéria que enseja várias interpretações, não podendo dizer



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que alguém está certo e o outro errado, mas que apenas existem de pontos de vista diferentes.

A testemunha de defesa Edson Vilas Boas Orru, ouvida em Juízo, aduziu se tratar de uma questão de interpretação o enquadramento do negócio jurídico junto ao Instituto Cidad na modalidade de convênio ou contrato. Afirmou que a Procuradora Municipal apenas se valeu de uma das interpretações que pode se dar aos fatos analisados no parecer, mas que a interpretação pelo Convênio também seria válida. Quando questionado a respeito da natureza do objeto do negócio a ser firmado com o Instituto Cidad, afirmou se tratar "verdadeira assessoria".

Pois bem.

Entendo ser o caso de absolvição dos acusados diante da atipicidade de suas condutas.

Em primeiro lugar, ressalto, de pronto, que, ao contrário do que consta na r. sentença, o delito em questão exige a demonstração de elemento subjetivo do tipo, consistente na intenção específica de causar dano ao erário, e, ainda, de efetivo prejuízo aos cofres públicos.

Nessa linha, aliás, é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

*“Não restou, igualmente, demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida, por parte dos réus, a superar a necessidade de realização da licitação. **Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples** (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), **a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.**” (Inq 3077, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012) (grifamos).*



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.666/1993. TRANCAMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ESPECIAL FIM DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO. PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS NÃO EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

[...]

2. Esta Corte, após inicial divergência, pacificou o entendimento de que, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige-se a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo.

[...]

(RHC 118.885/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 04/11/2019)

No caso em análise, a Acusação não logrou êxito em comprovar tais indispensáveis requisitos.

Não se está a negar a existência de indícios de eventual prática criminosa. Os indícios existem, porém não foram corroborados por provas, especialmente quanto ao chamado “dolo específico” da conduta.

Além de citar as irregularidades formais constatadas – as quais, como já mencionado, não são suficientes para a caracterização do delito ora analisado –, a sentença condenatória escorou-se no parecer contrário ao negócio jurídico firmado entre as partes, de lavra da Procuradora Municipal Ana Paula Berenguel.

Esta funcionária pública apresentou pareceres consignando que era hipótese de contrato administrativo e não de convênio, opondo-se à sua celebração.

Ocorre que os outros dois Procuradores Municipais ouvidos em juízo, Michele Veloso Stoffel Barbieri e Edson Vilas Boas Orru – este ex-Procurador Geral do Município – consignaram em seus depoimentos que a configuração do negócio



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

jurídico como contrato ou convênio é interpretativa. Em outras palavras, há espaço para entendimentos diversos sobre qual o instrumento jurídico cabível na hipótese.

A r. sentença nada falou sobre estes depoimentos, proferidos por servidores públicos especializados no tema, tal como a parecerista. Há, portanto, duas visões antagônicas sobre como se caracterizaria o negócio jurídico firmado entre a Administração Pública e a o *Instituto Cidad*.

Tal fato contribui decisivamente para a solução absolutória. Perde força o argumento sobre a intenção dos réus em causar prejuízo ao erário quando outros dois procuradores indicam a possibilidade de interpretação diversa da indicada pela Acusação.

Consta da r. sentença, ainda, precedente do Tribunal de Contas da União, sobre um caso específico em que foi firmado convênio, mas que, no entender do órgão, era hipótese de contrato administrativo. O entendimento esposado, do ano de 2008, menciona os requisitos para que se tenha um contrato administrativo, mas não afasta a possibilidade de, no caso dos autos, a situação enquadrar-se nos moldes do convênio administrativa. O que ora se discute – e, por óbvio, não houve posicionamento da Corte de Contas sobre o assunto – é se, no específico caso dos autos, era razoável o entendimento sobre o cabimento de convênio administrativo.

Repise-se: entre os procuradores municipais ouvidos há divergência sobre a possibilidade de se firmar o aludido negócio jurídico por contrato administrativo ou por convênio. A existência da dúvida, diante da ausência de elementos que permitam concluir por eventual conluio entre os réus e os eventuais favorecidos, representantes do *Instituto Cidad*, enfraquece a tese acusatória e, como cediço, deve favorecer os acusados.

Como dito, não foi devidamente comprovada a finalidade específica dos acusados de causar prejuízo aos cofres públicos, ou, em outras palavras, não se demonstrou o elemento subjetivo do tipo penal. Ausente tal pressuposto, não se pode tratar como típica a conduta dos réus.

Ademais, não restou claro qual teria sido,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

se efetivamente ocorrido, o verdadeiro prejuízo decorrente da contratação. O delito pelo qual foi denunciado o acusado é material, somente se configurando, portanto, quando produzido dano ao patrimônio público. Ainda que as formalidades da licitação não tenham sido cumpridas, não comprovado prejuízo ao Estado, não se pode falar em conduta criminosa à luz do artigo 89 da Lei 8.666/93.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** aos recursos para absolver os acusados, por insuficiência probatória, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Amable Lopez Soto
relator