



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 7ª VARA CRIMINAL
 AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

SENTENÇA

Processo nº: **0005973-29.2013.8.26.0050 - controle nº 82/13**
 Classe - Assunto: **Procedimento Investigatório do Mp (Peças de Informação) - Crimes da Lei de licitações**
 DenunciadoRéu: **GILBERTO KASSAB e outro, IVAN PIO DE AZEVEDO**

Vistos.

GILBERTO KASSAB e IVAN PIO DE AZEVEDO, qualificados nos autos, foram denunciados, respectivamente, como incurso no art. 92, “caput”, da Lei Federal nº 8.666/93, e art. 92, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Consta da denúncia que em 28 de março de 1995, na gestão do então Prefeito Paulo Salim Maluf, foi aberta concorrência pública para concessão do programa de inspeção e manutenção de veículos em uso do Município de São Paulo. Ao final, declarou-se vencedor o único participante do certame, o Consórcio Controlar, integrado pelas empresas Vega Sopave S.A., Controlauto S.A. e RWTUV Fahrzeugh GmbH. O licitante vencedor, conforme previsão legal e no edital, constituiu pessoa jurídica de propósito específico - CONTROLAR – que celebrou o contrato de concessão nº 034/SVMA/95, pelo prazo de 10 anos, em 04 de janeiro de 1996.

Consta, ainda, que a CONTROLAR nunca cumpriu as seguintes exigências contidas no Edital: a) disponibilidade de área total mínima de 50.000m² para instalação dos centros de inspeção (cláusula 10 e 10.4.4 do edital); b) presença de técnico especializado nos quadros da empresa; e c) capacidade econômico-financeira, com capital social de no mínimo de trinta milhões de reais.

Consta, também, que ao longo dos anos e das



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
7ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

gestões municipais, o contrato sofreu vários aditivos e seguidas suspensões.

Por fim, e aqui a conduta imputada como criminosa, consta que apesar do descumprimento das cláusulas do Edital pela CONTROLAR, no dia 05 de junho de 2007, Gilberto Kassab, no exercício do cargo de Prefeito do Município de São Paulo, manteve o contrato de concessão firmado com a empresa Controlar, dando causa à vantagem em favor da empresa contratada, sem autorização em lei, no edital e no instrumento contratual, durante a execução do contrato. Para esta ilegalidade concorreu o corrêu Ivan Pio de Azevedo, diretor presidente da empresa Controlar, que obteve a vantagem indevida.

A denúncia foi aditada a fls. 20d/21d, sem alteração dos fatos imputados ou de sua capitulação jurídica.

Os autos foram inicialmente distribuídos para uma das Câmaras Criminais do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado, em razão do foro por prerrogativa de função do réu Gilberto Kassab, então Prefeito da cidade de São Paulo. Ao término do seu mandato, o acusado perdeu o direito ao foro privilegiado, o que levou à redistribuição do feito a este juízo criminal.

Foi determinada a citação dos réus para resposta preliminar (fls. 1881/1882).

Após citação pessoal, as respostas escritas vieram a fls. 1890 e 1911. A Defesa de Ivan Pio Azevedo pediu sua absolvição sumária, argumentando, em síntese, que o fato é atípico, pois este réu não recebeu nenhuma vantagem e também não teve qualquer participação na decisão do ex-prefeito. Citando parecer elaborado pelo E. Jurista Miguel Reale assentou que “a única situação possível de subsumir-se ao tipo do parágrafo único é a do contratado pessoa física que, comprovadamente, concorre com o autor da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
7ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

conduta criminosa prevista no *caput* do art. 92 e vem a obter vantagem indevida. Caso contrário, quem concorreria para o crime seria a pessoa física, mas quem receberia o benefício seria a mesma pessoa jurídica, contrariando-se os exatos ditames do tipo penal” (fls. 1890/1907). A Defesa de Gilberto Kassab requereu a rejeição da denúncia ou a absolvição sumária, argumentando, inicialmente, que todos os atos de investigação são nulos, porque o Ministério Público não tem poderes de investigação. No mérito, também argumentou que se trata de fato atípico, pelos seguintes motivos: o contrato firmado entre a empresa Controlar e a Prefeitura do Município de São Paulo não estava em execução, quando foi praticado o ato do ex-prefeito, contestado pelo Ministério Público, encontrando-se ausente condição temporal do tipo penal; não houve qualquer ato do ex-prefeito que tenha modificado ou concedido vantagem à parte contratada; à época da decisão do ex-prefeito, que determinou a execução do contrato, já estavam preenchidos todos os requisitos exigidos, quais sejam, a capacidade técnica da empresa, disponibilidade do terreno e capacidade econômico-financeira da empresa, inexistindo qualquer óbice ao seu prosseguimento; o crime descrito no art. 92, da Lei de Licitações descreve comportamento comissivo, positivo, ativo, de modificar ou conceder vantagem, mas, no caso em tela, o réu não praticou um ato positivo, mas apenas negou-se a reconhecer as hipóteses legais de caducidade do contrato, protegendo a Administração Pública. Em suma, ainda que o ato fosse ilegal, não haveria conduta típica, por trata-se de uma omissão no reconhecimento da caducidade e não de ação de alterar o contrato ou de conferir vantagem indevida à empresa Contratada. Por fim, argumentou que inexistiu dolo na conduta do acusado (fls. 1911/2004).

A fls. 2030 a denúncia foi recebida e as matérias alegadas em resposta escrita foram apreciadas e rejeitadas.

Foram realizadas duas audiências de instrução, com oitiva de testemunhas de acusação e defesa e interrogatório dos réus (fls. 2103 e 2296).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
7ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

Documentação complementar juntada pelas Defesas a fls. 2405/2833 e 2835/3004.

As partes ofereceram alegações finais. O Ministério Público (fls. 2958) pleiteou a condenação dos réus nos termos da denúncia. GILBERTO KASSAB (fls. 3010) repisou as matérias preliminares constantes de sua resposta escrita e pugnou por sua absolvição por atipicidade dos fatos. Por fim, IVAN PIO DE AZEVEDO (fls. 3117) requereu sua absolvição por atipicidade dos fatos ou ausência de dolo.

Os autos vieram conclusos a este magistrado em virtude da remoção do Dr. Djalma Rubens Lofrano Filho ao cargo de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau.

É o relatório.

Decido.

De início, rejeito as teses preliminares arguidas pela Defesa de GILBERTO KASSAB.

A alegação de ilicitude das provas colhidas em investigação realizada exclusivamente por órgão do Ministério Público foi adequadamente rejeitada pela decisão de fls. 2030, cujos fundamentos ora acolho. A questão levantada é sabidamente controversa em doutrina e jurisprudência, além de objeto de Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal federal (nº 593.727/MG), classificado como de repercussão geral, com julgamento em andamento, mas sem data para definição. Contudo, filio-me à corrente que reconhece a ausência de vedação legal ou constitucional para a investigação criminal pelo Ministério Público. Mais do que isso, tal modalidade de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
7ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

investigação criminal é prevista nos artigos 129, VI, da Constituição Federal e 26, inciso I, da Lei n. 8.625/93, bem como na Lei Complementar n. 75/93. Por outro lado, o artigo 144, da Constituição Federal, determina que a Polícia tem o dever de apurar infrações penais, mas não lhe confere exclusividade para tanto, o que também reforça o argumento de que não há qualquer vedação ao Ministério Público para exercer tal atividade.

Tampouco existe ilegalidade na ausência de “ratificação” da denúncia por Promotor de Justiça oficiante nesta Vara Criminal. Sabe-se que o Ministério Público é uno e indivisível. A denúncia foi originalmente elaborada e assinada por Procuradora de Justiça em razão do foro por prerrogativa de função então gozado pelo Prefeito Municipal, o que acarretava a competência de Câmara Criminal do Tribunal de Justiça para o processo e julgamento do feito. Com o término do mandato do ora réu GILBERTO KASSAB, e a consequente alteração de competência, o feito foi livremente distribuído para uma das Varas Criminais da Capital. Entendo inexistir o dito “princípio do Promotor de Justiça Natural”, diante da unidade e indivisibilidade do Ministério Público, mas mesmo que assim não fosse, fica claro que, à época da denúncia, o membro do Ministério Público com atribuição para formalização da peça acusatória era a Procuradora de Justiça Coordenadora do CECRIMP. A redistribuição do feito em razão de alteração posterior da regra de competência para julgamento não exige a ratificação da denúncia por Promotor de Justiça oficiante nesta Vara Criminal. A denúncia continua a ser peça acusatória válida e assinada por membro do Ministério Público com atribuição para tanto.

Passo à análise do mérito.

Os fatos são incontroversos e foram exaustivamente provados documentalmente e pela oitiva das testemunhas de acusação e Defesa. Contudo, os fatos imputados na denúncia não caracterizam infração penal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
7ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

O Ministério Público pretende a responsabilização dos réus por ofensa ao art. 92 e parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93. Preceituam estes dispositivos legais:

Artigo 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:***

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.”.

Para que a conduta dos réus fosse inserida nos dispositivos acima, seria necessária a atribuição de vantagem indevida ao contratado, hipótese, contudo, não verificada nos autos.

A Prefeitura Municipal de São Paulo, em 28 de março de 1995, na gestão do então Prefeito Paulo Salim Maluf, promoveu certame licitatório na modalidade de concorrência pública, sob o critério de “técnica e preço”, para a implantação e execução, em regime de concessão, do “programa de inspeção e manutenção de veículos em uso do Município de São Paulo”, instituído por meio da Lei Municipal nº 11.733/95.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 7ª VARA CRIMINAL
 AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

O Consórcio Controlar foi constituído pelas empresas Vega Sopave S/A, Controlauto S.A e RWTUV-Fahrzeug GmbH (atual TUV-Nord), através de Instrumento Particular de Promessa de constituição de consórcio, com o objetivo específico de participar da concorrência pública em questão. Único concorrente do certame, o consórcio foi declarado vencedor. Conforme facultava o edital do certame e o contrato de concessão, as empresas formadoras do consórcio optaram por constituir a “Controlar S/A”, empresa de propósito específico – EPP, com a qual foi firmado, em 04 de janeiro de 1996, contrato de concessão com a Prefeitura de São Paulo, por meio da Secretaria do Verde e Meio Ambiente –SVMA, cuja cláusula X previa a concessão pelo prazo de 10 anos, contados da emissão da ordem de serviço para a operação dos centros de inspeção e certificação de veículos.

A partir de então, foram várias e sucessivas as suspensões da execução do contrato, por razões díspares, e quase sempre não imputáveis à CONTROLAR. A assinatura deu-se em 4.1.1996 e a primeira ordem de serviço foi expedida em 15.8.1996. Entre 9.1.1996 e 19.5.1997, o contrato foi suspenso por medida liminar judicial. Em 17.7.1997 houve nova suspensão da execução do cronograma de atividades do contrato de concessão, por ter a CETESB denunciado o convênio então firmado com a Prefeitura de São Paulo, para fiscalização, auditoria e assistência técnica na execução contratual.

Somente após a adoção do novo cronograma a Prefeitura de São Paulo expediu nova Ordem de Serviço para execução – datada de 7.6.2001. Em 21.12.2001, antes do mandato de Gilberto Kassab, celebrou-se o 2º Termo de Aditamento Contratual, que acresceu o item VI à Cláusula XI das Disposições Finais, para dispor que a efetiva vinculação do licenciamento de veículos é requisito básico do Contrato e condição suspensiva de sua eficácia quanto à exigência, pelo Poder Concedente, de sua execução. Em 7.4.2005, emitiu-se Ordem de Serviço com imposição de nova suspensão da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
7ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

execução do contrato por prazo indeterminado, por determinação do Secretário Municipal do Verde e do Meio Ambiente para que o processo de execução do contrato fosse analisado.

Esta suspensão vigorava em 5.6.2007, quando o denunciado Gilberto Kassab assinou o despacho que, no entender do Ministério Público, caracterizou o crime imputado na denúncia. E aqui surge a primeira causa de atipicidade do fato imputado aos réus.

As condutas descritas no tipo penal do artigo 92, da Lei de Licitações, devem necessariamente ocorrer, por expressa exigência contida na mesma norma legal, **durante a execução do contrato celebrado** com o Poder Público. Trata-se de condição temporal do tipo penal. E não foi o ocorrido na hipótese. A decisão pela manutenção do contrato deu-se no período de sua suspensão, ou seja, antes do início efetivo da execução dos serviços, que se deu tão somente no ano de 2009.

De fato, o contrato não estava em execução quando o ex-prefeito, ora réu, tomou a sua decisão. Convém lembrar que o princípio da tipicidade proíbe qualquer interpretação extensiva do tipo penal. A interpretação deve ser sempre restritiva, pois, do contrário, haveria violação ao princípio base de todo o sistema penal. Não há, portanto, outra forma de interpretar o dispositivo legal ora questionado. Não se está aqui na seara cível da improbidade administrativa, e muito menos da conveniência política da manutenção do contrato de concessão. Em sede processual penal, não se pode alargar o tipo incriminador para abarcar condutas ou circunstâncias que, pela redação da norma penal, nela não se encontram previstas.

Não discrepa deste entendimento a jurisprudência do pleno do STF, no V. Acórdão proferido na Ação penal nº 433, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para Acórdão, Min. Dias Tóffoli, Ven. Min. Cezar Peluso. Julg.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 7ª VARA CRIMINAL
 AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

11/3/2010, trazido à colação pela defesa, com a seguinte ementa: *“Ação penal. Réus denunciados por crime previsto no art. 92, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, combinado com o art. 29 do Código Penal. Tipicidade da conduta não comprovada. Ausência de adequação entre o fato e a norma. Improcedência da ação penal. 1. As provas demonstraram que os réus não podem ser responsabilizados penalmente, devendo ser eles absolvidos da conduta descrita na denúncia por ausência de tipicidade da conduta. 2. Ação penal improcedente”. (STF/PR. Ação Penal nº 433, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para Acórdão, Min, Dias Tófoli, Ver. Min. Cezar Peluso. Julg. 11/3/2010, Org. Julgador: Tribunal Pleno).*

Neste julgado, analisando também o tipo incriminador do art. 92, da Lei de Licitações, consta o voto vencedor do Relator designado, o Ministro Dias Tófoli, com os seguintes fundamentos: *“Eu entendo, Senhor Presidente, que o fato descrito na petição não é típico, não se subsume ao tipo penal do art. 92. Aqui, não estamos ainda na fase de execução do contrato. O Ministro Cezar Peluso muito bem observou que é uma questão de interpretação. E entendeu, na interpretação, Sua Excelência o Eminentíssimo Ministro Revisor dessa ação penal por considerar que o fato encontro guarida no tipo penal do art. 92. Mas, em matéria de legislação penal e, portanto, em matéria de interpretação restritiva, eu dou uma interpretação estrita. O fato imputado não estava no âmbito de execução do contrato, portanto não há que se falar no tipo do art. 92”.*

Além da condição temporal já esmiuçada, outros elementos do tipo penal em questão não estão presentes no caso em análise. O tipo imputado descreve as seguintes condutas: 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.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 7ª VARA CRIMINAL
 AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

Com todo o respeito ao raciocínio exposto pelo Ministério Público, não se vislumbra na conduta praticada pelo réu GILBERTO KASSAB qualquer modificação ou concessão de vantagem indevida ao concessionário.

Primeiramente, porque a decisão proferida pelo Prefeito não modificou uma linha sequer do contrato de concessão ou conferiu qualquer vantagem ilegal ao concessionário. Confira-se, neste sentido, a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, extraída de Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 1ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 448:

“Análise do núcleo do tipo: admitir (aceitar), possibilitar (tornar viável) ou dar causa (fazer nascer, originar) são as condutas, cujo objeto é a modificação ou vantagem relativa a contrato celebrado entre a Administração e terceiro. Neste caso, o contrato é modificado (alterado) ou confere vantagem (qualquer lucro) ao adjudicatário (pessoa que vai contratar com a Administração, após a licitação), inclusive com eventual prorrogação, sem haver autorização legal. Concordamos com a crítica feita por Marçal Justen Filho, no sentido de ter sido utilizado o incorreto termo adjudicatário, uma vez que a concretização da figura típica se dá quando o contrato já está em andamento, logo, cuida-se do contratado (...)”

O tipo penal exige uma “modificação” do contrato, que significa “alteração”, para que seja conferida “vantagem”, que tem sentido de “lucro” indevido ao contratado, situações que não foram observadas na espécie, pois o ex-prefeito, no exercício regular de sua atividade, tão-somente deixou de reconhecer a caducidade contratual, diante da comprovação, pelo contratado, dos requisitos então exigidos no edital e no contrato de concessão. O Ministério Público, ademais, não trouxe aos autos elementos indicando que a decisão do ex-prefeito violou expressamente a lei, o edital da licitação ou o instrumento



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 7ª VARA CRIMINAL
 AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

contratual, como é exigido no tipo penal.

A conduta estava bem demonstrada pela documentação juntada aos autos, mas a instrução judicial trouxe mais detalhes sobre a sequência de eventos que levou à manutenção do contrato com a CONTROLAR e à efetiva execução dos serviços por decisão do réu GILBERTO KASSAB.

As testemunhas arroladas pela acusação foram Rogerio Steffen (Procurador do Município Assessor da SVMA à época dos fatos), Maria Sylvia Ribeiro Pereira Barreto (Procuradora do Município Chefe da Assessoria Jurídica da SVMA à época dos fatos), Marcia Donatti Gubert (Procuradora do Município da SVMA à época dos fatos), Eduardo Jorge Martins Alves Sobrinho (Secretário Municipal do Verde e Meio Ambiente na gestão Jose Serra/Gilberto Kassab), Regina Luísa Fernandes de Barros (Diretora do DECONT, órgão responsável pela implantação do programa de inspeção veicular no município), Olimpio de Melo Alvares Junior (Engenheiro Mecânico da CETESB), e Clovis de Barros Carvalho (Secretário Chefe da Casa Civil do Governo Gilberto Kassab na data dos fatos). Pelas Defesas foram arroladas as testemunhas Adriano Diogo (Secretário Municipal do Verde e Meio Ambiente em 2003 e 2004, na gestão Marta Suplicy), Andre Steagall (Diretor Superintendente da Fundação de Apoio da Escola Politécnica), Gabriel Murgel Branco (Engenheiro ex-servidor da CETESB), Glaucia Savin (Procuradora do Município de São Paulo, presidente da comissão de licitação responsável pela concorrência vencida pela CONTROLAR), Jandira Amaral (Procuradora do Município assessora da SVMA na gestão Marta Suplicy), Sergio Seabra Fagundes (Diretor da CONTROLAUTO na época da licitação), Luciano Vitor Engholm Cardoso (Diretor Jurídico do grupo VEGA), Gilberto Perre (Secretário Executivo da Frente Nacional de Prefeitos), Antonio Miguel Aith Neto (Procurador do Município da Assessoria Jurídica Consultiva) e Claudio Lembo (Secretário de Negócios Jurídicos do Município em 2008).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
7ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

Os diversos depoimentos não apresentaram contradições ou divergências acerca dos fatos ocorridos. Cada testemunha narrou sua própria atuação seja na licitação, seja na análise do contrato ao longo dos anos, especialmente na elaboração de pareceres jurídicos e técnicos nos diversos procedimentos internos da Administração Pública Municipal. Sob óticas diferentes, os mesmos fatos foram descritos detalhadamente.

Em síntese, o contrato de concessão foi assinado em 1997, mas sucessivamente suspenso por decisões judiciais (liminares em ações civis públicas e ações populares), políticas (revisões e auditorias promovidas pelos sucessivos governos) e técnicas (questionamentos oriundos dos órgãos técnicos da Prefeitura, ligados à SVMA). Em 2005, quando da posse de Jose Serra, determinou-se que todos os secretários revisassem os contratos vigentes em busca de eventuais irregularidades. Trata-se de prática corriqueira no Brasil, por motivos de várias ordens que não vem ao caso aqui analisar. Na época, a SVMA, de forma contrária ao entendimento das gestões anteriores, verificou duas supostas falhas na capacitação técnica e financeira da CONTROLAR, concessionária do serviço até então ainda não executado: a) ausência de técnico especializado nos quadros da empresa; e b) ausência de capital social de no mínimo de trinta milhões de reais.

Contudo, a questão não é tão simples quanto parece. Analisemos as supostas falhas apontadas pela SVMA à época.

Conforme fartamente demonstrado nos autos, inclusive com pareceres jurídicos e depoimentos das testemunhas integrantes do quadro da Procuradoria Municipal, as questões apontadas pela SVMA eram juridicamente controvertidas. Havia pelo menos duas interpretações tanto para a exigência de técnico especializado nos quadros da empresa, quanto em relação ao capital social de 30 milhões de reais.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 7ª VARA CRIMINAL
 AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

A CONTROLAR, segundo consta, sempre se pautou pela interpretação que lhe era mais favorável, mas que tampouco pode ser tida como equivocada. Muito ao contrário.

A exigência referente ao técnico especializado estava na clausula 8.4.1 do Edital (fls. 2909 – capacidade técnica), que prevê: “*comprovação do **licitante** possuir...em seu quadro permanente, profissional de nível superior detentor de atestado de responsabilidade técnica...de implantação e operação de centros de inspeção de veículos no Brasil ou no exterior...*”. Já a exigência referente ao capital social estava no item 8.5.1 (fls. 2910 – capacidade econômico-financeira): “*comprovação de ter a **empresa licitante** capital social totalmente subscrito e integralizado...igual ou superior a R\$ 30.000,000,00*”. **Na época da concorrência a empresa CONTROLAR não existia. As empresas licitantes eram integrantes de um consórcio.** Conforme previa o edital, em razão da magnitude da concessão, as empresas interessadas poderiam se organizar em consórcio. Nesse caso, conforme o item 3.2.3 do edital (fls. 2905), seria admitido, “*para efeito da qualificação técnica o **somatório dos quantitativos de cada integrante do consórcio** e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o **somatório dos valores de cada consorciado na proporção de sua respectiva participação***”.

Em resumo, o próprio edital previa que para análise tanto da capacitação técnica quanto do capital social do consórcio licitante seriam somados os quantitativos e valores de todas as empresas consorciadas. Mais uma vez, cabe repisar que sequer existia à época a empresa CONTROLAR, criada depois da concorrência, no modelo de EPE, como expressamente previa o edital, com o objetivo único de assinar o contrato e executar o serviço concedido.

Com relação ao capital social, a incorreção do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 7ª VARA CRIMINAL
 AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

raciocínio do Ministério Público é cristalina. Evidente que, na época da concorrência, o somatório do capital social de todas as empresas integrantes do consórcio licitante era superior aos 30 milhões de reais, o que preenchia o requisito do edital. Após a adjudicação, o consórcio vencedor optou pela criação da EPE CONTROLAR, tendo como acionistas as empresas integrantes do consórcio. Na época da criação, as empresas optaram pelo entendimento de que não seria necessário criar a EPE com capital social de 30 milhões de reais, seguindo o mesmo raciocínio acima exposto, e integralizaram apenas R\$ 10.000,00. Isso porque as empresas acionistas da EPE possuíam capital social somado superior ao valor mencionado no Edital e não havia a menor perspectiva de execução efetiva do contrato no futuro próximo. Esse entendimento era partilhado Prefeito Jose Serra, a SVMA passou a entender a questão de forma diferente. Exigiu da própria concessionária CONTROLAR que tivesse capital social no valor previsto no edital. Apesar de discordar do entendimento, **a empresa integralizou capital social de R\$ 30.000.000,00**, suprimindo a suposta falha apontada pela SVMA, antes mesmo dessa questão ser levada ao conhecimento – ao menos formal - do réu GILBERTO KASSAB.

Ou seja, apesar de encontrar amparo em argumentação jurídica sólida para sua posição, a CONTROLAR acatou a posição da Municipalidade e integralizou o capital social exigido, mesmo sem previsão editalícia ou legal que a obrigasse expressamente a tanto. Nesse ponto, observo que as operações societárias que terminaram com a integralização do capital social exigido foram todas previamente autorizadas pela Prefeitura Municipal, como exige a Lei de Concessões. Após essas providências, a SVMA considerou sanada essa “falha” da concessionária. Tanto que a questão referente ao capital social sequer foi levada à deliberação do réu Gilberto Kassab.

Por fim, ainda nesse particular, aponto uma falha lógica do raciocínio acusatório. O Ministério Público afirma que a concessionária CONTROLAR nunca preencheu o requisito do edital referente ao capital social



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 7ª VARA CRIMINAL
 AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

mínimo. Já não preenchia na fase de habilitação ao certame, em 1996, e continuou a não preencher durante os anos seguintes, até a integralização posterior, o que deveria acarretar a caducidade do contrato. Ora, a CONTROLAR não poderia jamais possuir o capital social previsto no edital para a habilitação, pelo simples fato de que sequer existia. Fato é que as empresas hoje acionistas da CONTROLAR, então consorciadas para a concorrência, tinham capital social total superior ao valor mencionado no edital, conforme previa a regra do certame, e que a própria CONTROLAR, antes de iniciar a execução do contrato, integralizou capital social de 30 milhões de reais. Por qualquer ângulo que se analise a questão, quando da decisão do réu KASSAB, não havia irregularidade alguma a ser sanada ou que levasse à extinção do contrato.

Prossigo. Ao final de sua apuração, já em 2007, a SVMA encaminhou o expediente para apreciação do Prefeito, com parecer pela declaração de caducidade do contrato de concessão, exclusivamente por não ter a CONTROLAR, no entendimento da Secretaria, técnico especializado integrante do quadro permanente.

Aqui cabe um esclarecimento. O Ministério Público afirma que o réu KASSAB conferiu à empresa vantagem indevida ao decidir manter o contrato, mesmo sabedor de que a CONTROLAR não preenchia três requisitos para habilitação na licitação. Contudo, dos três problemas apontados pela acusação, dois deles não foram levados oficialmente ao conhecimento do Prefeito e não são tratados no despacho tido como ilegal (disponibilidade dos terrenos e capital social). Ou seja, a acusação presume, sem elemento de prova que o autorize, que o réu GILBERTO KASSAB era conhecedor de todos os detalhes da concessão cuja licitação datava de 1996 e que há dez anos vinha suspensa por motivos variados. Tal presunção é inadmissível em sede criminal. Mais uma vez, não se está aqui no campo da improbidade administrativa ou da responsabilização política, mas na seara processual penal, onde ninguém pode ser responsabilizado por fato que foge ao seu conhecimento, apenas em razão



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 7ª VARA CRIMINAL
 AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

do cargo que ocupa. Retorno à análise dos fatos.

Com a juntada do parecer da SVMA, colheu-se também parecer da Secretaria dos Negócios Jurídicos, que **reconheceu não haver óbice jurídico à execução do contrato**, mas recomendou o retorno do expediente à SVMA para “aprofundamento” da análise sobre capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal da empresa.

O procedimento foi devolvido à SVMA e novo parecer foi elaborado, recomendando a declaração da caducidade do contrato em virtude, exclusivamente, da ausência do técnico nos quadros da CONTROLAR. Com todos os pareceres, o réu GILBERTO KASSAB tomou sua decisão, formalizada em despacho elaborado por sua assessoria da Casa Civil. Pela decisão, o prefeito **acolheu** a falha apontada pela SVMA, mas divergiu quanto à providência a ser tomada. Decidiu por manter o contrato e determinou à SVMA a elaboração de cronograma de execução, desde que a CONTROLAR corrigisse a única falha apontada pela Secretaria e contratasse um técnico especializado no prazo de 90 dias.

Mais uma vez, existiam dois entendimentos sobre o tema. A CONTROLAR, ao longo dos anos, baseava-se no entendimento de que o técnico especializado poderia, no momento da licitação, ser integrante dos quadros de uma das empresas consorciadas (**como previsto no item 8.4.1 do Edital**), no caso a alemã TUV NORD, e quando da assinatura do contrato, ser integrante dos quadros de uma das empresas acionistas da CONTROLAR. A interpretação, novamente, apesar de obviamente favorável à empresa, não é desarrazoada, como mostram os pareceres jurídicos juntados aos autos. A CONTROLAR foi criada para assinatura do contrato e posterior execução do serviço. Contudo, como já dito, por mais de dez anos o contrato ficou suspenso, sem que se desse início concreto aos serviços de inspeção veicular. Foge ao bom senso exigir que uma empresa que tem como único objeto social a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
7ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

execução de uma concessão seja obrigada a manter quadro de pessoal especializado e remunerado durante longos anos de suspensão do contrato. Essa exigência, como bem lembrou a Defesa, acarretaria até mesmo a quebra do equilíbrio econômico financeiro do contrato, com consequências danosas ao erário, já que o poder público, se um lado, exigiria do concessionário que mantivesse estrutura de operação completa e custosa, enquanto de outro impediria a execução do serviço e a consequente remuneração do concessionário.

A esse respeito, segundo consta, a CONTROLAR e as Prefeituras anteriores partilhavam o mesmo entendimento. A empresa TUV NORD, sob esse ponto de vista, possuía pessoal técnico especializado que preenchia os requisitos do edital. Na gestão de Eduardo Jorge, a SVMA passou a entender que a própria CONTROLAR, mesmo sem execução do contrato, deveria possuir o técnico especializado em seu quadro permanente. Esse entendimento foi exposto e acolhido pelo Prefeito GILBERTO KASSAB. Como já dito, o prefeito concedeu um prazo fatal para a contratação do técnico pela CONTROLAR, o que foi feito. O réu reconheceu uma irregularidade sanável e concedeu prazo para sua correção. Em suma, mesmo com fundados argumentos a seu favor, a empresa CONTROLAR atendeu a exigência do Prefeito, o técnico especializado foi contratado e foi implantado o serviço de inspeção veicular em São Paulo, conforme cronograma estabelecido pela Municipalidade.

A terceira falha apontada pelo Ministério Público como suposta causa de caducidade do contrato refere-se à disponibilidade de 50.000m² de terrenos para instalação dos centros de inspeção veicular. Primeiramente, ressalto que essa questão jamais foi levantada pela SVMA ou por outro órgão municipal, e muito menos foi objeto de decisão do réu KASSAB. Todas as testemunhas ouvidas, até mesmo as arroladas pela acusação, afirmaram que a instalação dos centros de inspeção veicular foi paulatina e obedeceu a cronograma estabelecido pela Municipalidade, e não pela



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 7ª VARA CRIMINAL
 AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

CONTROLAR. Mais do que isso, a inspeção da frota municipal foi progressiva, com aumento do percentual de veículos a cada ano, e por conseguinte, o aumento de centros de inspeção na mesma proporção. Contudo, o Ministério Público prende-se à interpretação literal da previsão do edital e entende que a CONTROLAR nunca teve disponibilidade sobre 50.000m² de terrenos na capital, o que descumpria previsão do edital e autorizava a caducidade da concessão. A questão, aqui, também foi interpretada de forma açodada.

Por maior que seja o esforço, não enxergo a ilegalidade apontada. Previa o edital (item 8.4.4 e 8.4.4.4, fls. 2910 – capacidade técnica) que as empresas licitantes deveriam apresentar “*relação detalhada e **declaração formal de disponibilidade**, sob as penas cabíveis, de ter terrenos disponíveis que somem juntos uma área total mínima de 50.000m², acompanhada de desenhos das áreas*”.

Ora, não exige o edital que a licitante apresente escrituras de terrenos de sua propriedade ou sob sua posse jurídica, mas mera declaração formal de disponibilidade. Em poucas palavras, o que se exige é que a licitante busque terrenos disponíveis na Capital na metragem e com as características necessárias para o serviço e se comprometa formalmente a adquirir ou alugar estes terrenos caso vença a licitação, para a correta execução do serviço concedido. Trata-se de previsão que busca estabelecer o dever do concessionário em obter os terrenos necessários para a instalação dos centros, sob sua própria responsabilidade, arcando com as consequências caso não concretize a promessa feita quando da habilitação. Seria impossível, e de legalidade duvidosa, exigir que todas as licitantes fossem proprietárias ou locatárias de terrenos em larga quantidade na capital. Dai a exigência de mera declaração formal de disponibilidade, e não comprovação efetiva de posse ou propriedade.

Além das testemunhas ouvidas, a questão também foi



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 7ª VARA CRIMINAL
 AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

tratada pelo réu IVAN PIO DE AZEVEDO. O acusado esclareceu em seu interrogatório que na época da concorrência o consórcio apresentou a lista de terrenos e respectivas plantas, assim como a declaração formal exigida. Essa disponibilidade era provada por declarações escritas dos proprietários dos terrenos de que, em caso de efetiva adjudicação e execução do serviço, o terreno seria alugado ou vendido para a concessionária. Como já dito, mais não se poderia exigir de empresas que apenas participam de uma concorrência, sem certeza da vitória e, portanto, sem certeza sobre a real necessidade de adquirir ou alugar terrenos para a execução do serviço concedido. O réu ainda esclareceu que em razão das suspensões, os prazos de disponibilidade concedidos pelos proprietários venceram. Além disso, houve alteração na legislação de zoneamento urbano. Por estes motivos, as declarações de disponibilidade foram trocadas ao longo do tempo, sempre com anuência da Prefeitura, mantendo-se a quantidade de terrenos disponíveis superior aos 50.000,00 m². **Segundo o réu IVAN, atualmente, a CONTROLAR atua na Capital com mais de 226.000,00 m² de terrenos.**

Verifica-se, enfim, que nenhuma das três supostas falhas na qualificação técnica e financeira da CONTROLAR (ausência de técnico nos quadros, capital social inferior ao constante do edital e ausência de terrenos disponíveis) de fato estavam presentes. No mínimo, havia controvérsia jurídica e técnica sobre todos os pontos, com interpretações muito razoáveis – e a meu ver corretas – no sentido diametralmente oposto às do Ministério Público. Se nenhuma das supostas causas de caducidade efetivamente procediam, a decisão de manter o contrato e determinar sua execução não concedeu vantagem ilegal à empresa, mas sim **determinou a execução de contrato vigente e juridicamente íntegro, com autorização legal e no edital do certame.** Em outras palavras, a conduta praticada pelo réu KASSAB não caracterizava a infração penal a ele imputada.

Por fim, cabe analisar a decisão do réu GILBERTO



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
7ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

KASSAB sob outro enfoque. A Defesa aponta com bastante propriedade que, ao contrário do que sugere o Ministério Público, ao Prefeito não era facultado simplesmente declarar a caducidade do contrato. A extinção do contrato de concessão por caducidade é regrada por legislação federal. Confira-se:

Lei 8987/95. Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do [art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#). ([Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012](#))

§ 2º A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 7ª VARA CRIMINAL
 AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

§ 6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

O regramento legal é claro. A caducidade somente poderá ser declarada **após processo administrativo específico para esse fim**. Processo este que **somente poderá ser instaurado após comunicação formal e detalhada à concessionária** dos descumprimentos contratuais pertinentes, **com prazo específico para correção das falhas**. Ora, não consta dos autos comunicação formal, expressa e detalhada do Poder Público para a concessionária **a respeito das três supostas falhas apontadas pelo Ministério Público na denúncia**, com prazo para regularização. Dessa forma, seria de legalidade discutível a decisão do Prefeito Municipal que declarasse a caducidade do contrato e sua extinção. Tampouco há segurança jurídica de que o expediente administrativo instaurado pela SVMA após a posse do Prefeito Jose Serra caracterizasse um processo administrativo **específico de apuração da inadimplência da concessionária** como exige a legislação aplicável. Nesse cenário, **a decisão de conceder prazo de 90 dias à concessionária** para a correção da **única falha** apontada pela SVMA pode ser perfeitamente entendida como a concessão do **prazo fatal previsto no artigo 38, §3º, da Lei de**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
7ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

Concessões.

Como bem ponderou a Defesa, eventual declaração prematura de caducidade acarretaria batalha jurídica certa e de duração imprevisível, com risco concreto de derrota e condenação da Municipalidade ao pagamento de perdas e danos, sem mencionar a eventual ausência do serviço público de inspeção veicular durante o trâmite das ações judiciais. Cabia ao Prefeito, como autoridade administrativa competente para deliberação sobre a concessão suspensa, decidir se extinguiria o contrato de forma que poderia, eventualmente, ser tida como ilegal, ou sanaria a única falha que impedia a execução do serviço concedido, no entender da SVMA, e implantando a inspeção veicular no Município, pendente há mais de 10 anos. Optou pela última conduta. Decisão esta de discricionariedade discutível, diante dos riscos concretos decorrentes da hipótese alternativa, de declaração prematura da caducidade do contrato. Ou seja, nada nos autos sequer indica tenha o réu agido dolosa e deliberadamente para conceder vantagem indevida à empresa CONTROLAR. O que a prova demonstra é que o réu proferiu decisão em princípio razoável, amparada no edital e na legislação aplicável, e com base em interpretações jurídicas sólidas, ainda que não exclusivas.

Saliente-se, ainda, que não houve acréscimo de valores referentes à remuneração do serviço a ser prestado, sendo respeitada a previsão inicial que constava do contrato de concessão. Em outras palavras, não houve, ao menos pela prova produzida nestes autos, dano à municipalidade ou ao erário decorrente da decisão ora questionada.

Em suma, após detalhada instrução e análise detida de toda a documentação juntada pelas partes, é certo que a decisão do ex-prefeito, o réu GILBERTO KASSAB, contestada pelo Ministério Público, não violou o disposto no art. 92, da Lei de Licitações. Como consequência lógica, não há que se falar em concorrência dolosa do réu IVAN PIO DE AZEVEDO,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
7ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

presidente da CONTROLAR, para a prática do crime imputado na inicial. A prova demonstrou que o acusado IVAN apenas agiu no interesse e na direção de sua empregadora CONTROLAR, atendendo às determinações do Poder Concedente, com o objetivo lícito de efetivamente executar o serviço público regularmente concedido à empresa.

Ante o exposto, **ABSOLVO** os réus **GILBERTO KASSAB e IVAN PIO DE AZEVEDO**, qualificados nos autos, da imputação feita na denúncia, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, por não constituírem os fatos infração penal.

Publique-se. Intimem-se. Comunique-se.

São Paulo, 16 de janeiro de 2014.

Luiz Raphael Nardy Lencioni Valdez

Juiz(a) de Direito