



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000308918

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1003166-18.2017.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados ERNANE BILOTTE PRIMAZZI e CELSO JAYMES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente sem voto), IVANA DAVID E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 31 de março de 2025.

MENS DE MELLO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Processo nº 1003166-18.2017.8.26.0587

Apelante: Ministério Público

Apelados: Celso Jaymes e Ernane Bilotte Primazzi

Origem: Vara Criminal da Comarca de São Sebastião

Juiz(a) Prolator(a): Dr(a). Glaucia Fernandes Paiva

Data do fato: entre 17 de janeiro de 2012 e 21 de janeiro de 2014

Voto nº 37828

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL.
PECULATO. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

Apelados foram absolvidos da prática, por 25 vezes, do crime de peculato, previsto no artigo 312, caput, c.c. o artigo 29, do Código Penal, em continuidade delitiva. O Ministério Público apelou pedindo a condenação nos termos da denúncia, alegando desvio de valores em prejuízo ao erário municipal de São Sebastião.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar se a conduta dos apelados configura o crime de peculato, considerando a alegação de que o réu Celso Jaymes teria recebido salários sem prestar serviços correspondentes.

III. Razões de Decidir

3. O réu Celso Jaymes tinha direito aos vencimentos mensais em razão do cargo de Secretário Adjunto, não havendo apropriação de dinheiro público.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que a não prestação de serviços pelo servidor público não configura peculato, mas sim falta disciplinar ou ato de improbidade administrativa.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A percepção de salários por servidor público sem a devida contraprestação funcional não configura peculato. 2. A questão deve ser apurada em ação de improbidade administrativa.

Legislação Citada:

Código Penal, art. 312, caput; Código de Processo Penal, art. 386, III.

Jurisprudência Citada:

STJ, HC n. 466.378/SE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 22.10.2019; STJ, EDcl no AgRg no RHC n. 163.537/RJ, Rel. Min. Messod Azulay Neto, Quinta Turma, j. 26.02.2024.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que os apelados foram absolvidos da prática, por 25 vezes, do crime previsto no artigo 312, *caput*, c.c. o artigo 29, do Código Penal, em continuidade delitiva, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público apelou² pedindo a condenação nos exatos termos da denúncia.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁴ pelo provimento ao recurso ministerial.

É o relatório.

Os réus Roberto (falecido), Celso e Ernane foram denunciados porque, em tese, entre 17 de janeiro de 2012 a 21 de janeiro de 2014, previamente ajustados e com unidade de desígnios entre si, desviaram por 25 vezes, em favor de Celso Jaymes, nomeado para o cargo de Secretário Adjunto de Habitação e Planejamento, valores pecuniários (dinheiro) no montante de R\$ 238.593,31 (duzentos e trinta e oito mil, quinhentos e noventa e três reais e trinta e um centavos) que tinham posse em razão dos cargos, em prejuízo ao erário municipal de São Sebastião.

Da prova oral

O réu Ernane, em juízo, negou os fatos que ora lhe são imputados na denúncia. Foi prefeito entre os anos de 2009 e 2016 e tinha ciência da nomeação do acusado

¹ Folhas 1.313.

² Folhas 1.333.

³ Folhas *.

⁴ Folhas 1388.

Celso; com relação à marcação de ponto, apenas aos servidores de carreira era exigido e, portanto, dispensado aos comissionados, isso há bastante tempo; não existia no estatuto do servidor determinação para marcação de ponto; o controle dos Secretários era mais fácil de fazer, na época, porque eram em menor número; o acusado Celso não trabalhava no gabinete do interrogando; não havia um local definido para o réu Celso trabalhar por falta de espaço, o que foi resolvido com o tempo. Ao Ministério Público respondeu: admite que convidou Celso para exercer o cargo, trabalhando neste Município, pois ele possuía contatos dentro da Assembleia Legislativa, necessários para angariar emendas e verbas; o Secretário de Habitação da época não conhecia Celso; na Secretaria de Habitação e Planejamento, o réu Celso tinha a atribuição de angariar verbas, fazer convênio; realizava conversas periódicas com Celso a fim de obter feedback's; as tratativas são burocráticas e alguns projetos de Celso somente se concretizaram após o período que ele atuou na Secretaria; disse que Celso deixou o cargo por conta de problemas particulares e também em razão desta denúncia, salientado que tal denúncia foi política e partiu de um vereador da oposição; Celso não tinha um espaço físico de trabalho definido na Secretaria de Habitação e Planejamento e transitava por outras Secretarias; o controle de produtividade e frequência era predominantemente visual; não existia formalização do controle de produtividade de Celso.

O acusado Celso, em juízo, negou os fatos que ora lhe são imputados na denúncia. Explicou que o trabalho por ele exercido era basicamente externo, atuando com parlamentares com o intuito de obter verbas para o município, trabalhando em São Sebastião, fisicamente, duas ou três vezes por semana e o restante da semana viajando; o convite foi para trabalhar na Secretaria de Governo, cujo secretário era o vice-prefeito, o qual não aceitou a sua nomeação para a pasta, chegando a ameaçar dizendo que "iria transformar isso em um grande problema", e, por isso, foi nomeado para a SEHAB, pois em qualquer pasta poderia buscar recursos para as diversas secretarias e, portanto, as funções que ele desempenhava não estavam dentro das atribuições da pasta; por conta de sua função, não registrava o ponto e não possuía uma local

específico de trabalho, por falta de espaço, e utilizava locais compartilhados. Ao Ministério Público respondeu: por conta de seus contatos políticos, em 2012 foi convidado pelo então prefeito, ora corréu, Ernane, pois havia necessidade de alguém para buscar verbas para o Município; afirmou que apresentou muitos projetos durante os dois anos que trabalhou como Secretário Adjunto, por exemplo, na Secretaria de Turismo fez contato com o presidente do Convention Bureaux para trazer eventos, dentre os quais, o evento náutico; trouxe, também, o projeto de construção de um asilo para São Sebastião que foi apresentado para o Ernane; trouxe, ainda, uma proposta de alterar as lâmpadas incandescentes por lâmpadas de led e projeto de usina de lixo; com relação às atribuições do Secretário Adjunto de Habitação e Planejamento, negou ter conhecimento, pois o acordado era servir ao Município e não a pasta em si; como sua função estava ligada ao prefeito Ernane, para quem se reportava, não era subordinado ao Secretário da pasta que estava lotado; as viagens para as cidades de Brasília, Rio de Janeiro e outras não eram custeadas pelo Município, por isso não realizava controle formal das viagens, já que o interrogando arcava com suas expensas próprias; durante o exercício de seu cargo prospectou verbas para o Município, mas nenhum se concretizou; no início do segundo mandato de Ernane foi exonerado, em razão dessa denúncia, totalmente inconsistente e mentirosa; trabalhou para o serviço público uma única vez; o mencionado trânsito entre os políticos se deu por conta da sua atuação junto à Maçonaria e um projeto visando eleger maçons em cargos políticos, na tentativa de colocar fim à corrupção.

A testemunha Julie, em juízo, narrou, em síntese, que: era secretária direta do Secretário Roberto Alves dos Santos, nos anos de 2012 a 2014, das 08 às 11 horas e das 13 às 17 horas; sendo escriturária, dentre suas atribuições fazia memorandos, ofícios e trabalhava em sala do secretário, junto a Ana Maria Negreiros; durante esse período, o acusado Celso não exercia as funções na mesma repartição que a depoente, nunca o viu no local, tampouco em reuniões e, por fim, afirmou que sequer o conheceu; entre janeiro de 2012 à janeiro de 2014 não tirou licença médica prolongada ou licença prêmio; não teve outra pessoa exercendo a função de Secretário Adjunto;

o réu Celso foi exonerado em janeiro de 2014 e não houve nomeação de outra pessoa para o cargo de Secretário Adjunto; confirma as declarações prestadas em solo policial (fl. 142) que ouviu comentários de que ele (o acusado Celso) era funcionário “fantasma”, porque ele não aparecia lá e os próprios servidores comentavam; salientou que nunca viu nenhum documento assinado por Celso Jaymes ou mesmo cartão de ponto; nunca ouviu comentário de que Celso Jaymes trabalhava, junto aos Deputados, em São Paulo, fazendo captação de recursos; Celso Jaymes não aparecia para pegar os holerites e eram devolvidos para o DRH. Aos Defensores respondeu: é comum que servidores sejam realocados em outras secretarias; ficou sabendo da nomeação de Celso Jaymes apenas quando começaram a chegar os seus holerites.

A testemunha Ernesto, em juízo, narrou, em síntese, que: trabalhou na Secretaria de Habitação como Desenhista entre os anos de 2012 e 2014; está na Prefeitura desde 2009. Trabalhou; não conheceu o Secretário Adjunto Celso Jaymes, nem nunca o viu trabalhando na Secretaria de Habitação; trabalhava das 8h às 17h; nesse período, não tirou licenças prêmio ou médicas; possuía contato direto com o Secretário Roberto, mas nunca viu Celso Jaymes, tampouco recebeu ordem de serviço dele e jamais viu algum documento assinado pelo mesmo; não sabe de qualquer função que ele tenha exercido; tiveram comentários de que Celso Jaymes era funcionário “fantasma”; saiu da SEHAB no ano de 2017 e não teve mais ciência da organização nas gestões seguintes. Aos Defensores respondeu: não sabe informar se foram nomeados secretários adjuntos nas gestões seguintes; a SEHAB fica em prédio distinto do gabinete do prefeito.

A testemunha Ana Maria, em juízo, narrou, em síntese, que: era secretária da diretora da Secretaria de Habitação de 2011 a 2015; fisicamente, trabalhava na ante sala da Secretaria; entre 2012 a 2014, viu Celso Jaymes por duas vezes, quando ele foi procurar o Secretário e outras vezes no Paço Municipal, três ou quatro vezes; nunca recebeu ordem de serviço de Celso Jaymes e não teve contato com nenhum documento assinado por ele; por ouvir dizer ficou sabendo que

Celso Jaymes realizava serviço externo de captação de recursos para a Prefeitura; também ouviu comentários que ele era funcionário “fantasma”; disse que recebia os holerites e distribuía para os funcionários, na ausência da secretária, e Celso Jaymes foi buscar seus holerites somente em duas ocasiões, devolvendo os holerites para o DRH na ausência dele. Aos Defensores respondeu: os comissionados não marcam ponto; é funcionária readaptada por motivo de saúde; as nomeações são feitas pelo Prefeito; tinham muitos funcionários na SEHAB.

A testemunha Eliane, em juízo, narrou, em síntese, que: ainda ocupa o cargo de diretora de recursos humanos, desde o ano de 2017; afirmou que todo funcionário tem uma pasta funcional; a documentação juntada é a ficha dos funcionários, portaria de entrada e saída, documentação de filhos para fins de IRPF, férias, licença prêmio, etc.; a pasta funcional de Celso Jaymes tinha documento de filho, exoneração, ficha funcional e duas dispensas de pontos; entrou no setor em 2017 e Celso saiu em 2014 e nunca ouviu boatos sobre sua pessoa. Aos Defensores respondeu: nada além do que já mencionou foi encontrado na pasta funcional; só teve conhecimento dos fatos por conta da intimação.

A testemunha Sandra, em juízo, narrou, em síntese, que: exerce o cargo de Secretária de Habitação; chegou ao Município em janeiro de 2018; entre os anos de 2012 a 2014, não residia neste Município; afirmou que o Secretário Adjunto atual é Diogo Nascimento; disse que as funções do Secretário Adjunto são de auxiliar no atendimento, fazer visita aos núcleos “congelados” e ficava lotado na Secretaria SEHAB; não tem controle de frequência e se reporta diretamente à Secretaria; as reuniões técnicas realizadas, como regra, são formalizadas em atas, mas atendimento do núcleo, não. Aos Defensores respondeu: o Adjunto pode fazer trabalho externo eventualmente, mas geralmente volta para a Secretaria. Às perguntas do juízo, respondeu: nesta administração, o Adjunto fica na Secretaria metade do tempo e a outra metade em campo, porque a SEHAB está com ênfase na regularização fundiária e faz muito atendimento in loco; reuniões técnicas são formalizadas por meio de ATA’s.

A testemunha Amauri, em juízo narrou, em síntese, que: ocupa o cargo de Secretário de Urbanismo e entre os anos de 2012 e 2014 era fiscal de obras particulares; atualmente, o cargo de Secretário Adjunto, que está ocupado, faz a mesma função do Secretário e trabalha diretamente com o Secretário, como se fosse a retaguarda do Secretário, responde pela Secretaria quando o Secretário não está; existe controle de horário de trabalho e o controle é feito pelo Secretário, não assina a frequência, mas o Secretário faz o controle diretamente; o Secretário que distribui as funções do Adjunto e como regra, o Secretário permanece na Secretaria; trabalhando de campo apenas quando for necessário; o trabalho de atuação política para obtenção de recurso é função do Secretário e não do Adjunto; quando ocupava a função de fiscal, era vinculado à Secretaria de Obras e na ocasião tinha contato com o Secretário da pasta. Aos Defensores respondeu: não tem atribuição de buscar fundos de outras fontes a não ser de impostos e taxas; atualmente não há controle de ponto, sendo atestada a frequência pelo superior hierárquico; dificilmente prefeitos requisitam atuações de adjuntos, salvo na ausência dos Secretários.

Ulisses Moreira Neto, em juízo, narrou, em síntese, que: conhece o acusado Ernane na condição de Prefeito deste município; é Engenheiro Civil e Advogado e exerceu função na Prefeitura, como Diretor de Obras e depois como Secretário; atuou nos quadros do Município entre 2018 e final de 2019; entre 2012 e 2016 não exerceu função na Prefeitura de São Sebastião; na gestão do Ernane não prestou serviços à Prefeitura; não conhece o réu Celso e não soube informar se ele prestou algum serviço ao Município de São Sebastião.

Sérgio Félix Araújo Chagas, em juízo, narrou, em síntese, que: conhece os réus do trabalho na Prefeitura; trabalhou junto com o réu Celso Jaymes na Prefeitura deste município entre 2012 e 2014; Celso Jaymes era Secretário Adjunto e sua função era angariar verbas do governo do Estado e Federal para o Município; secretários não anotavam o ponto;

Celso Jaymes possuía contatos políticos e por isso estava nessa função.

Geisa Elisa Fenerich, em juízo, narrou, em síntese, que: conheceu o réu Celso Jaymes na ocasião em que prestou serviço na Prefeitura de São Sebastião; na época foi contratada para trabalhar na Secretaria Jurídica, mas ficava na Secretaria de Governo ou de Administração, por falta de espaço físico; Conheceu Celso Jaymes nesta ocasião, quando Celso Jaymes utilizava a mesma sala de trabalho; não se recorda o cargo que ele ocupava; não tinha conhecimento das funções que ele exercia; os Secretários não registram ponto; também tinha cargo em comissão e não assinava ponto; estava vinculada à Secretaria Jurídica, mas fisicamente permanecia em outra Secretaria.

Assim, visto a prova, de rigor é a manutenção do decreto absolutório.

Segundo a prova oral e as Portarias 29/2012 e 81/2014⁵, o réu Celso foi nomeado pelo corréu Ernane, Prefeito em exercício e autoridade competente, para exercer o cargo de Secretário Adjunto da Secretaria de Habitação e Planejamento do Município de São Sebastião.

Assim sendo, o réu Celso tinha direito a salário ou vencimento mensal em razão do cargo que ocupava.

Segundo a denúncia, o réu Celso teria se apropriado de numerário a título de salário, enquanto o acusado Ernane, como prefeito contratante, teria concorrido para essa apropriação.

A conduta descrita no artigo 312, *caput*, do Código Penal é a de funcionário público apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio

No entanto, o réu Celso tinha direito

⁵ Folhas 18/19.

aos vencimentos mensais e por essa razão não há que se falar em apropriação de dinheiro público.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça confirma tal entendimento:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/1967. FUNCIONÁRIO FANTASMA. SUPERVENIENTE DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ESTADUAL AO JUÍZO DE DIREITO PARA PROCESSAR E JULGAR O CASO. PRESERVAÇÃO DOS ATOS E DAS DECISÕES TOMADAS. DENÚNCIA JÁ RECEBIDA. PERDA DO OBJETO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O trancamento de ação penal no âmbito do habeas corpus é procedimento excepcionalíssimo, que merece a mais cuidadosa apreciação para que se evite, tanto quanto possível, a supressão da instância naturalmente competente para o deslinde da causa na sua inteireza.

2. Caso em que o Ministério Público estadual ofereceu denúncia contra prefeito municipal e contra o ora paciente, ambos pela prática do crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, por doze vezes (art. 71 do CP). Segundo a peça, no período de 2/1/2015 a 30/12/2015, apesar de o primeiro réu ter nomeado o segundo para exercer cargo em comissão, este, mesmo tendo recebido as remunerações correspondentes ao período mencionado, jamais desempenhou qualquer serviço público para o Município. 3. Muito embora a Corte estadual, após o recebimento da denúncia, tenha, em decisão superveniente à impetração deste writ, declinado da competência e determinado o encaminhamento do feito ao Juízo local, em razão de o suposto crime atribuído na denúncia aos acusados não ter sido cometido no exercício do atual mandato do Prefeito (2017-2020), este habeas corpus não está prejudicado. Isso porque foi preservada a validade de todos os atos praticados e decisões proferidas até então.

4. No caso, a conduta do paciente não se subsume à do art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, pois a não prestação de serviços pelo servidor público não configura o crime indicado. A descrição apresentada na denúncia contra o paciente não poderia condizer - em uma eventual emendatio libelli - nem com o tipo do art. 312 do Código Penal. Afinal, está pacificado o entendimento de que servidor público que se apropria dos salários que lhe foram pagos e não presta os serviços atinentes ao cargo que ocupa não comete peculato.

Configuração, em tese, de falta disciplinar ou de ato de improbidade administrativa. Precedentes.

5. Ordem concedida para trancar a ação penal em relação ao

*paciente e excluir o seu nome do polo passivo da demanda.
(HC n. 466.378/SE, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta
Turma, julgado em 22/10/2019, DJe de 4/11/2019.)*

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO
RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SUPOSTOS
CRIMES DE PECULATO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E
FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPUTAÇÃO DE CONDIÇÃO
CONHECIDA COMO "FUNCIONÁRIO FANTASMA". MERA
CONDUTA DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. ATIPICIDADE
PENAL. TRANCAMENTO PARCIAL DA AÇÃO PENAL.
ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DA EMBARGANTE POR PECULATO.
ART. 397, III, DO CPP. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
ACOLHIDOS, COM EFEITOS MODIFICATIVOS.*

*I - Admitem-se os embargos declaratórios quando houver no
decisum ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.
Podem também ser admitidos para a correção de eventual erro
material, consoante o hoje previsto no Código de Processo Civil,
sendo possível também, apenas excepcionalmente, a alteração ou
modificação do julgado embargado, nos efeitos infringentes.*

*II - No que tange ao crime de peculato, esta Corte Superior
sedimentou que é penalmente atípica a conduta praticada pelo
funcionário público que se apropria da remuneração inerente ao
cargo, sem a devida contraprestação funcional à Administração,
mesmo caracterizando o que se convencionou chamar de
"funcionário fantasma". Precedentes.*

*III - No caso concreto, de fato, não há falar em ocorrência de
suposto ilícito penal pela embargante. Nesse contexto, é de rigor
determinar o trancamento parcial da ação penal, sendo a hipótese
de absolvição sumária pela atipicidade da conduta imputada.*

*Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para
sanar a omissão e dar parcial provimento ao recurso de agravo
regimental no recurso ordinário anterior, determinando-se o
imediato trancamento parcial da ação penal n.
0039760-50.2020.8.19.0001 (5ª Vara Criminal da Comarca da
Capital do TJRJ), com a absolvição sumária da embargante em
relação ao suposto crime de peculato pela patente atipicidade (art.
397, III, do CPP).*

*(EDcl no AgRg no RHC n. 163.537/RJ, relator Ministro Messod
Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de
29/2/2024.)*

Por certo que, embora lotado como Secretário Adjunto da Secretaria de Planejamento e Habitação, não exercia as funções do cargo, todavia, o não comparecimento do réu ou a não prestação de serviços constitui ilícito que deve ser apurado em ação de improbidade administrativa e não

propriamente como crime.

Portanto, ausente tipicidade da conduta praticada pelo réu Celso, uma vez que teria recebido salário que a ele cabia em razão do cargo de secretário, não havendo que se falar em apropriação ou desvio.

E não havendo crime para o acusado Celso, o decreto absolutório deve se estender ao réu Ernane, já que não há coautoria em crime inexistente.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica