

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL
DA CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DE XXXXXX-XX**

Autos nº: **XXXXXXX**

Processo CNJ: **XXXXXXX**

Acusado: **FULANO DE TAL**

FULANO DE TAL, vulgo XXXXXXX, já qualificado nos autos do processo em epígrafe, vem, por intermédio da DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL, com fundamento no art. 403, §3º, do Código de Processo Penal, apresentar suas:

ALEGAÇÕES FINAIS POR MEMORIAIS

pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.

I - RESUMO DOS FATOS:

O acusado responde ação penal pela suposta prática dos delitos previstos no artigo 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, artigo 312 do Código Penal e artigo 1º da Lei nº 9.613/1998.

A acusação requereu a condenação quanto aos crimes de licitação e de peculato e a absolvição em relação ao crime de lavagem de dinheiro, face a sua não configuração no caso.

Após respostas à acusação, o término da instrução criminal e as alegações finais do Ministério Público, os autos vieram para memoriais, o que ocorre oportunamente.

É o relato do necessário.

II - DAS RAZÕES DO ACUSADO

II.I. - DA ABSOLVIÇÃO

II.I.I. - DA ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE LICITAÇÃO

Considerando que na peça acusatória consta a narrativa de diversas condutas praticadas pelo acusado, a defesa irá analisar de forma particularizada cada situação específica, de modo a evidenciar a inexistência de qualquer conduta ilícita criminalmente que caracterize o crime previsto no artigo 89, parágrafo único, da Lei de Licitações.

A) VERDADEIRO PROPRIETÁRIO DA EMPRESA

Na Denúncia oferecida pelo Ministério Público, em relação ao presente acusado, consta que:

[...] Assim, no dia XX.XX.XXXX, o denunciado FULANO DE TAL constitui a empresa XXXXXXX, em nome do seu cunhado e de seu sobrinho, FULANO DE TAL e o denunciado FULANO DE TAL, respectivamente; era o próprio denunciado FULANO DE TAL quem, de fato, administrava a referida empresa. [...] FULANO DE TAL, previamente ciente do valor da verba já disponível para o evento, elaborou proposta, que veio a ser firmada pelo denunciado FULANO DE TAL, sócio administrador da empresa XXXXXX, à Administração Regional de XXXXXX para contratação de músicos [...]. " (fl. XX).

De fato, como afirmou o Ministério Público, o presente **acusado era o verdadeiro administrador e gestor da empresa,**

tirando proveito das vantagens decorrentes do exercício da atividade empresarial da citada.

Em audiência, as testemunhas FULANO DE TAL e FULANO DE TAL (ouvidas na qualidade de informante) e o acusado FULANO DE TAL (sobrinho de FULANO DE TAL) afirmaram, de modo convergente e uniforme, que o último apenas emprestou o nome para que o seu Tio criasse a empresa, sendo este quem de fato administrava e gerenciava e recebia todos os proveitos da atividade empresarial.

O próprio acusado reconheceu que abriu a empresa em nome do filho do cunhado, pois na época dos fatos estava com restrição financeira (nome sujo), daí utilizou-se do nome do sobrinho para abrir a empresa. Reforçou que, embora o nome da empresa estivesse em nome do acusado FULANO DE TAL, quem administrava e atuava era o interrogando, isto é, FULANO DE TAL.

Ademais, todos os outros réus mencionam apenas o FULANO DE TAL como o verdadeiro administrador da empresa e NÃO relataram qualquer tipo de contato com o FULANO DE TAL.

B) MOMENTO DA ABERTURA DA EMPRESA

Aproveita-se, por oportuno, para esclarecer uma dúvida se o acusado criou a empresa quando ainda ocupava ou não o cargo na Administração Regional. Consta na denúncia o seguinte:

Importante, neste ponto, esclarecer que o denunciado FULANO DE TAL, foi nomeado assessor administrativo da Administração Regional de XXXXXX/XX em MÊS de ANO, mas foi posteriormente exonerado em XX de XXXXX de XXXX. Contudo, o referido denunciado não pretendia figurar como sócio ostensivo da empresa que viesse a realizar contratos com a Administração Pública. (fl. XX)

Em que pese o próprio acusado não se recordar de ter aberto a empresa antes ou depois de exonerado do cargo ocupante na

Administração Regional em XXXXXX, o seu sobrinho FULANO DE TAL, em interrogatório judicial, afirmou que, na época da abertura da empresa, o seu Tio já havia sido exonerado do cargo em comissão ocupado então na Administração Regional de XXXXXX.

Esclarece-se, assim, que o **acusado, no momento da abertura da empresa, já havia sido exonerado do cargo**, de modo a evitar qualquer sugestão dele ter aberto a empresa ainda como ocupante no cargo de Administração com objetivo de se beneficiar a si próprio.

C) DOCUMENTOS NÃO REDIGIDOS PELO ACUSADO

Afirma a acusação na denúncia:

Dando prosseguimento à prática do crime, o próprio denunciado FULANO DE TAL redigiu os documentos "pedido de providência" e "projeto básico" e os apresentou, já prontos, apenas para assinatura do denunciado FULANO DE TAL, que exercia à época o cargo de gerente de agricultura da Administração Regional de XXXXX. Por estes documentos, FULANO DE TAL solicitava ao denunciado FULANO DE TAL a contratação da empresa XXXXXXX, para a realização do Xº Festival Rural e Ecológico de XXXXX, afirmando tratar-se da hipótese de inexigibilidade da realização de licitação. (fl. XX)

Ao contrário do que afirma o Ministério Público, **o acusado NÃO redigiu nem levou quaisquer documentos para o então servidor FULANO DE TAL**, também acusado, assinar e escolher a contratação da empresa administrada pelo acusado FULANO DE TAL.

A acusação fundamenta essa tese a partir das declarações do acusado FULANO DE TAL, prestadas em delegacia, no sentido de que FULANO DE TAL providenciou e levou documentos (entre eles, o projeto básico) do processo licitatório para que o primeiro apenas os assinasse e desse prosseguimento nos trâmites.

Por outro lado, FULANO DE TAL esclareceu, em seu interrogatório, que quanto à documentação do processo licitatório, especialmente o projeto básico, **NÃO redigiu nenhum documento e se**

lembra de apenas ter pedido ao então servidor FULANO DE TAL para que providenciasse os trâmites. NÃO se recorda de ter levado quaisquer documentos para o citado servidor assinar.

Menciona-se, ainda, as declarações prestadas em juízo pelo também acusado FULANO DE TAL, após ser perguntando pelo magistrado se tinha ciência de que FULANO DE TAL providenciou e redigiu os documentos do processo licitatório, respondeu claramente que em nenhum momento teve essa informação.

O ato de solicitar providências ao servidor responsável por determinado procedimento NÃO configura nenhum ato ilícito, trata-se apenas de um mero pedido de providência como qualquer outro. Desse modo, **a conduta do acusado de solicitar providências ao então servidor responsável NÃO configura nenhuma ilicitude criminal de modo a se adequar a previsão do parágrafo único do artigo 89 da Lei de Licitações.**

Quanto às declarações prestadas pelo referido servidor, estas foram prestadas apenas em sede inquisitorial e NÃO foram ratificadas em juízo, pois o citado não compareceu ao interrogatório. Como se sabe por força do artigo 155 do Código de Processo Penal, as provas produzidas em sede inquisitorial devem ser confirmadas em sede judicial, sob pena de serem consideradas inválidas ao processo e sem, portanto, possibilidade de valoração.

Veja que as declarações do citado servidor eram perfeitamente cabíveis de serem repetidas em juízo, NÃO sendo a hipótese de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Se NÃO foram ratificadas em juízo, NÃO se pode imputar a defesa o ônus de comprovar serem verdadeiras ou não.

Ademais, de todas as testemunhas e todos acusados ouvidos em juízo, **ninguém afirmou que o acusado FULANO DE TAL providenciou e redigiu quaisquer documentos** do procedimento interno da Administração para a contratação da empresa escolhida.

Assim, considerando que as declarações prestadas pelo citado servidor NÃO foram ratificadas em juízo, bem como NÃO haver nenhum outro meio de prova a ratificar essas declarações, **devem ser consideradas inválidas e sem possibilidade de valoração.**

D) CARTAS DE EXCLUSIVIDADE

Prossegue a acusação na denúncia:

Para dar aparência de legalidade ao feito e lograr êxito na declaração de inexigibilidade de licitação, no dia XX de XXXXXX de XXXX, a pedido do denunciado FULANO DE TAL, os representantes legais das bandas musicais, os denunciados FULANO DE TAL, FULANO DE TAL e FULANO DE TAL, assinaram os documentos em que declaravam falsamente que a empresa XXXXXX. era representante exclusiva das bandas XXXXX; XXXXXX; e XXXXXXXXXX durante o evento. As referidas declarações foram produzidas exclusivamente para instrumentalizar, de modo fraudulento, o procedimento que levou à declaração de inexigibilidade de licitação, uma vez que as citadas bandas musicais não possuíam contrato de exclusividade com qualquer empresa. (fl. XX)

Em seu interrogatório na fase judicial, o acusado FULANO DE TAL respondeu às perguntas feitas pelo magistrado, esclarecendo acerca do **teor ser verdadeiro ou não das cartas de exclusividades** assinadas pelas bandas, a fim de que a empresa XXXXXXXX as representasse no procedimento licitatório.

Em audiência, indagado pelo juiz acerca da carta de exclusividade, esclareceu que para qualquer evento ajustado perante administração pública é necessária uma carta de exclusividade das bandas com um representante, ainda que NÃO seja o representante oficial das

bandas, isto é, **as bandas concediam uma carta de representação unicamente para um evento específico**, como ocorreu no caso dos autos. Tratando-se, portanto, de uma praxe na contratação de bandas perante administração pública.

Juiz perguntou se a carta de exclusividade era verdadeira, pois, conforme informações nos autos, as bandas possuíam outros representantes, o que não refletia se tratar de uma carta de exclusividade, interrogando respondeu ser **verdadeira**, **embora não fosse representante exclusivo da banda, era necessária uma carta com exclusividade para realização de eventos perante administração pública sendo uma praxe.**

Ainda acerca da autenticidade da carta, juiz perguntou se essa prática de utilizar a carta para participar da licitação não fora criada com objetivo de burlar a lei de licitações, pois não representava uma verdadeira exclusividade, réu esclareceu que de forma alguma havia esse objetivo, sendo **utilizada apenas para aquele evento específico** perante administração pública, sendo a **carta um meio necessário para participar do certame público.**

Informou ainda que teve ciência de que atualmente não ser mais necessária esse tipo de meio, podendo as bandas acertarem diretamente com a administração pública, mediante representação na Secretaria de Cultura do governo do Distrito Federal.

Como bem salientou o acusado, as cartas de exclusividades assinadas pelas bandas transmitiam poderes de representação apenas para determinado evento específico, NÃO se tratava, portanto, de uma representação exclusiva da banda com a empresa para todos os eventos em que a banda participasse, mas tão-somente para um evento específico.

Aliás, em documentos apensados aos autos, constam cartas de exclusividades assinadas pelas bandas contratadas dos fatos investigados

com outra produtora (XXXXXX) para participar de outros eventos ajustados perante administração pública, o que significa se trata de uma praxe na época para participar de eventos organizados pela administração pública.

A carta de exclusividade apensada aos autos é clara no sentido de que **a representação concedida pelas bandas à empresa será apenas para o evento específico**. Transcreve-se o teor da carta: “declaro para os devidos fins que a empresa XXXXXXXX. é nossa representante exclusiva durante o evento denominado Xº FESTIVAL RURAL E ECOLÓGICO DE XXXXXXXX sem cobrança de ingresso”.

Agora, se constasse na carta que a empresa representava as bandas em qualquer evento, talvez houvesse nessa hipótese uma fraude. Acontece que consta justamente o oposto, na carta consta que a representação das bandas será apenas para o evento específico Xº FESTIVAL RURAL E ECONÔMICO DE XXXXXXXX.

Talvez o que esteja causando essa dúvida quanto à autenticidade ou não do teor da carta seja em razão da **ausência de permanência da exclusividade das bandas com a empresa XXXXXXXX**.

Esclarece-se que a Lei de Licitações **NÃO exige permanência entre a empresa representante e o artista**, afirmando apenas que seja “*empresário exclusivo*”, isto significa que pouco importa se aquela exclusividade se refira à apenas um evento específico. Basta que exista essa representação exclusiva estará atendido o requisito exigido pela norma legal. Como a lei e nenhum outro ato ou decreto afirma acerca da necessidade da permanência de exclusividade entre representante e artista, **NÃO há se sustentar qualquer tipo de ilegalidade nesse ato**. Transcreve-se o artigo 25 da Lei nº 8.666/93:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
*III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, **diretamente ou através de empresário***

***exclusivo**, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.*

Conclui-se, portanto, **NÃO haver nenhuma ilicitude quanto à carta de exclusividade em si (documento) nem também no que se refere ao teor da carta**, de modo a afastar qualquer acusação no sentido das cartas terem sido feitas com objetivo de burlar o procedimento licitatório.

E) AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE DA EMPRESA

Afirma ainda a acusação em denúncia:

[...] FULANO DE TAL, então no exercício da Assessoria Técnica de Administração Regional de XXXXXX, no dia XX de XXXXXX de XXXX, o denunciado FULANO DE TAL emitiu parecer favorável para a declaração de inexigibilidade de licitação, omitindo-se de seu dever de alertar para a irregularidade do procedimento, uma vez que pretendia auxiliar os demais denunciados na consecução da contratação ilegal em curso. (fl. XX)

Embora nesse ponto da acusação não se refira especialmente à defesa do presente acusado, aproveita-se o momento para esclarecer quanto à regularidade da empresa.

Nos documentos apensados aos autos, constam as certidões: Certidão Negativa de Débitos, emitida pela Secretaria da Fazenda; Certidão de Regularidade do FGTS - CRF, emitida pela Caixa Econômica Federal - CEF; Certidão Negativa aos Débitos Relativos às Contribuições Previdenciárias e às de Terceiros, emitida pela Secretaria da Receita Federal.

Observa-se que a **empresa atendeu aos requisitos previstos no artigo 27 e seguintes da Lei de Licitações**, na qual especificam quais requisitos necessários para habilitação das empresas no processo licitatório.

Ademais, cita-se o **parecer jurídico nos autos comprovando a licitude do processo administrativo de inexigibilidade de licitação**

para contratação de bandas para evento artístico, com apoio no artigo 25 da Lei nº 8.666/93 (fl. 91).

Deste modo, em relação à situação de regularidade da empresa, **NÃO há se de comentar qualquer irregularidade de modo que a impedisse de participar do processo licitatório.**

F) INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO

Ainda na denúncia:

Neste particular, cumpre ressaltar que as bandas que não chegaram a se apresentar no evento em questão apresentaram-se posteriormente nos outros eventos promovidos pelo denunciado FULANO DE TAL, o que também evidencia ter sido e mais uma vez beneficiado com a destinação irregular destes recursos públicos, os quais se prestaram a particionar parte de outros eventos por ele promovidos. (fl. XX)

Em seu interrogatório, o presente acusado explicou que, no tocante à apresentação das bandas no dia do evento, **em razão de problemas de energia elétrica no local do evento, NÃO foi possível que todas as bandas se apresentassem no dia do evento**, ocorrendo apenas a apresentação de duas bandas. Afirmou, ainda, que ficou acertado, após conversar com então Administrador (réu FULANO DE TAL), que as bandas se apresentariam em outra ocasião, como de fato houve, conforme fotos de outros eventos acostadas nos autos.

Talvez aqui tenha ocorrido a **única irregularidade** da empresa perante a Administração, pois como tinha a obrigação de providenciar a apresentação de todas as bandas conforme o contrato e não houve, **logo a empresa descumpriu, ainda que parcialmente, o contrato.**

Como houve o descumprimento da empresa, caberia à Administração ter proposto, podendo até mediante ato unilateral e escrito (artigo 79, inciso I, da Lei nº 8.666/1993), a rescisão contratual da

empresa, conforme recomendam os artigos 77 e 78, incisos I e II, do citado diploma legal:

Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

Veja que o descumprimento do contrato importa a rescisão do contrato e suas consequências administrativas previstas no artigo 87 da referida lei:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Por falta de experiência do então Administrador, conforme ele próprio disse em seu interrogatório, NÃO fora aberto nenhum processo administrativo e também não fora procedido qualquer ato visando à rescisão do contrato, pensando que poderia ser possível a apresentação das bandas em evento posterior organizado pela Administração como forma de compensação pelas não apresentações das bandas.

A simples inobservância de procedimento licitatório NÃO tem a capacidade de caracterizar o crime, encerrando afronta aos princípios da

lesividade e da intervenção mínima, pois a situação poderia ser contornada por outros ramos do direito.

Ocorre que há uma **enorme diferença entre um descumprimento de contrato e o crime previsto no artigo 89, parágrafo único, da Lei de Licitações**. O descumprimento parcial do contrato pelo acusado se adequa perfeitamente à hipótese de ilícito administrativo, que deveria ter sofrido as consequências administrativas previstas na lei. Pela leitura do artigo 89, parágrafo único, verifica-se que o ato de descumprimento do contrato NÃO se adequou ao tipo penal ora enquadrado. Deste modo, **também quanto a este ponto da denúncia NÃO há se de afirmar acerca de responsabilidade criminal do presente acusado**.

G) AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DE VÍNCULO SUBJETIVO ENTRE OS ACUSADOS

Por fim, das acusações feitas pelo Ministério Público, talvez seja esse o **próximo ponto crucial da acusação**, em alegações finais, afirma que:

*Vale destacar ainda que os réus em sua maioria tentaram eximir sua responsabilidade atribuindo aos outros denunciados a exclusiva responsabilidade criminal pelos fatos. Mas esse **contexto fático probatório confirma a imprescindibilidade da concorrência das condutas e da atuação conjunta de todos os denunciados para que os delitos ocorressem exatamente da forma que se deu**, com total desrespeito ao erário e às normas basilares que devem reger os procedimentos de contratação com os entes públicos. (fl. XX)*

A acusação sustenta no sentido da existência de um **esquema fraudulento** montado pelo então Deputado Distrital (FULANO DE TAL) com auxílio da FULANO DE TAL, Presidenta do Sindicato, e do então Administrador, FULANO DE TAL.

O acusado FULANO DE TAL destinou verba parlamentar para Administração de XXXXXX e teria acertado com o Administrador (FULANO

DE TAL) para este liberar a verba em favor do sindicato presidido pela FULANO DE TAL. Para isso, utilizaram-se de uma empresa administrada pelo FULANO DE TAL para funcionar numa espécie de intermediadora do ato.

No interrogatório do acusado FULANO DE TAL, o juiz perguntou se ele tinha ciência de que a contratação da empresa se referia à empresa vinculada ao acusado FULANO DE TAL, **respondeu que NÃO sabia e soube apenas posteriormente que essa empresa era vinculada a este**. Ainda no interrogatório, o magistrado voltou a perguntar se, no momento da assinatura do contrato, sabia que a empresa FULANO DE TAL era vinculada ao FULANO DE TAL, respondeu novamente que NÃO sabia, tendo ciência apenas quando fora surpreendido pela investigação policial. Explicou que NÃO era possível ter conhecimento de que em relação àquele contrato específico era o FULANO DE TAL o beneficiário, pois este frequentava constantemente a administração para tratar de vários eventos.

No interrogatório do acusado FULANO DE TAL, afirmou que NÃO tinha ciência da contratação da empresa administrada pelo FULANO DE TAL, sabendo apenas no decorrer do processo investigatório. Explicou que destinou a verba com objetivo de atender a uma demanda feita há algum tempo pelos produtores rurais, e assim procedeu. Disse que em nenhum momento teve qualquer tipo de ligação com FULANO DE TAL.

As declarações acima demonstram que **em nenhum momento houve qualquer tipo de acerto ou ajuste prévio** entre os acusados para que promovessem, mediante processo licitatório, um evento em benefício deles.

Talvez até tenham ocorrido irregularidades administrativas, agora NÃO se pode confundir essas irregularidades com a figura típica penal ora denunciada, **faz-se necessário que existam mais elementos a fim de demonstrar a intenção dos agentes envolvidos em fraudar e**

causar prejuízo a Administração Pública, não bastando a mera indicação de irregularidades e eventuais ilícitos administrativos.

Ao longo da instrução criminal, **NÃO foi possível demonstrar o dolo específico** de burlar os comandos da Lei nº 8.666/93, a vontade consciente do denunciado em fraudar o processo licitatório, deixando de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade do certame.

Consoante recente entendimento fixado em sede de Informativo nº 856 de março de 2017 pela Suprema Corte, **imprescindível que a denúncia narre com descrição o dolo específico de cada agente com objetivo de lesar o erário ou promover enriquecimento ilícito, pois, sem isso, não há crime.** Transcreve-se o segundo critério orientador do informativo:

Informativo STF

Brasília, 6 a 10 de março de 2017 - Nº 856.

O segundo critério a ser observado corresponde à indicação, na denúncia, da especial finalidade de lesar o erário ou promover enriquecimento ilícito dos acusados. Para tanto, o crime definido no art. 89 da Lei 8.666/1993, de natureza formal, independe da prova do resultado danoso. Porém, para que a conduta do administrador seja criminosa, é exigível que a denúncia narre a finalidade do agente de lesar o erário, de obter vantagem indevida ou de beneficiar patrimonialmente o particular contratado, ferindo com isso a razão essencial da licitação (a impessoalidade da contratação).

Sobre esse critério, asseverou que a denúncia não mencionou a existência de indício de que o acusado teria agido com o fim de obter algum proveito ilícito ou de beneficiar a OSCIP contratada, em detrimento do erário. Ponderou, ainda, que o tipo previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993 tem como destinatário o administrador e adjudicatários desonestos, e não os supostamente inábeis. A intenção de ignorar os pressupostos para a contratação direta ou a simulação da presença desses são elementos do tipo, que não se perfaz a título de negligência, imprudência ou imperícia — caracterizadores de atuar. Inq 3674/RJ, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 7.3.2017. (Inq-3674) [Grifos]

Em acórdão publicado em março de 2017, a Terceira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) também compreendeu a exigência de dolo específico para caracterização do crime em tela examinado:

PENAL E PROCESSO PENAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO NÃO COMPROVADO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. ALTERAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INDEFERIMENTO.

1. Para a configuração do delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 não é suficiente o dolo genérico consistente na dispensa indevida de licitação e na inobservância das formalidades legais, exigindo-se, também, o dolo específico de causar prejuízo ao erário e a efetiva demonstração do prejuízo aos cofres públicos.

2. Mantém-se a absolvição dos acusados, pois não restou demonstrado que eles agiram com dolo específico ao dispensar a licitação por meio de contrato emergencial.

3. Ausentes provas suficientes para demonstrar que o agente não tenha concorrido para o crime, indefere-se o pedido do réu de readequação do fundamento da absolvição para o inciso IV do art. 386 do Código de Processo Penal.

4. Recursos conhecidos e desprovidos. (Acórdão n.1001331, 20150111346693APR, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 09/03/2017, Publicado no DJE: 14/03/2017. Pág.: 127/129) [Grifos]

Nesse sentido, a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT):

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. OMISSÃO DE FORMALIDADE LEGAL (ART. 89 SEGUNDA PARTE LEI 8.666/1993). REPASSE DE VERBAS A EVENTO PROMOVIDO PELA FEDERAÇÃO DE TRIATLO BRASILIENSE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FOMENTO AO ESPORTE. CRIME NÃO CONFIGURADO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.

.1. Embora não tenha sido justificado pelos acusados a ausência de procedimento licitatório para a liberação do aporte de R\$ 49.805,00 (quarenta e nove mil, oitocentos e cinco reais), para a realização de uma competição de Triatlão promovida pela Federação Desportiva local, mas, não havendo demonstração de que agiram com dolo específico com o intuito de fraudar a lei de licitações, a solução penitenciária comporta menos rigor que a

aplicação da regência penal.
2. Negado provimento ao recurso.
(Acórdão n.602756, 20090111654537APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Revisor: SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 05/07/2012, Publicado no DJE: 13/07/2012. Pág.: 168) [Grifos]

DETRIMENTO DO ERÁRIO, TAMPOUCO CONSTATAÇÃO DE PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS.
7. Além disso, deve ser destacado que, em virtude do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da novel orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da Corte Especial, revela-se adequado, em benefício da segurança jurídica e do favor rei, **perfilhar a tese de que o crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993 exige a presença do dolo específico de fraudar ou burlar os procedimentos licitatórios, bem como o efetivo prejuízo ao erário.**
8. Diante da análise apurada das provas colacionadas aos autos, não se mostra evidente o dolo específico dos acusados, tendo em vista que primeiramente procuraram agir dentro da legalidade, procurando outros meios que não a contratação direta, seja por adesão a atas de preços de pregões anteriores, seja por realização de licitação. De outro norte, também não se vislumbra o prejuízo ao erário, pois, ao que consta dos autos, as empresas vencedoras mantiveram o preço executado no ano de 2009 e cumpriram integralmente o contrato. Recursos conhecidos e providos para absolver os apelantes das sanções do artigo 89, caput, segunda parte, c/c artigo 84, § 2º, e artigo 99, todos da Lei nº 8.666/1993 (sendo o primeiro e a quarta apelante, na forma do artigo 29 do Código Penal), com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.
(Acórdão n.682012, 20100110529523APR, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 28/05/2013, Publicado no DJE: 07/06/2013. Pág.: 156) [Grifos]

Fora a ausência da intenção específica de lesar ou enriquecer-se ilicitamente, é necessário ainda, conforme o referente Informativo, a **imprescindibilidade de descrição dos elementos configuradores de coautoria da união de desígnios entre as condutas dos acusados** sendo o terceiro critério a ser observado no recebimento da denúncia:

Informativo STF
Brasília, 6 a 10 de março de 2017 - Nº 856.

*DIREITO PROCESSUAL PENAL - AÇÃO PENAL
Crime de dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação e
viabilidade da denúncia 2
Como último critério, destacou a necessária descrição do
vínculo subjetivo entre os agentes. Assim, a imputação do
crime definido no art. 89 da Lei 8.666/1993 a uma
pluralidade de agentes demanda a descrição indiciária da
existência de vínculo subjetivo entre os participantes para a
obtenção do resultado criminoso, não bastando a mera
narrativa de ato administrativo formal eivado de
irregularidade. Em outros termos, **deve-se perquirir se a
denúncia**, ao narrar a prática de crime em concurso de
agentes, **indica a presença dos elementos
configuradores da união de desígnios entre as condutas
dos acusados, voltadas à prática criminosa comum.**
[Grifos]*

O conjunto fático demonstra **ausência de dolo e vínculo subjetivo dos réus**, de modo a **afastar** qualquer acusação no sentido de que conduziram a licitação de forma a direcioná-la à contratação da citada empresa, frustrando o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o fim específico de obter vantagem ilícita.

Observa-se que a acusação **NÃO** demonstrou pelo conjunto probatório de que o acusado FULANO DE TAL teve a intenção de lesar o erário ou promover enriquecimento ilícito nem tampouco comprovou a existência da união de desígnios entre as condutas dos acusados. Desse modo, **NÃO resta outra opção a não ser a absolvição do acusado por ausência de materialidade da conduta**.

Ademais, todas as demais acusações referentes às condutas do acusado foram cabalmente afastadas: NÃO houve nenhuma ilegalidade quanto às cartas de exclusividades; NÃO redigiu nem levou quaisquer documentos para o então servidor FULANO DE TAL; talvez tenha havido irregularidade no cumprimento do contato, entretanto, NÃO de modo a configurar o ilícito criminal ora denunciado.

Por fim, cita-se ainda a regularidade da empresa contratada e a existência de parecer jurídico favorável a declaração de inexigibilidade a comprovar ainda mais a ausência de qualquer ato ilícito criminal praticado por este acusado quanto ao crime ora denunciado.

Assim, **o conjunto probatório demonstra nitidamente a ausência de materialidade das condutas associadas ao presente acusado.**

Nesse sentido, cita-se o **recente** precedente da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, na qual compreendeu que o conjunto probatório não se demonstrou suficiente a impor a condenação pelo crime ora examinado:

APELAÇÃO CRIMINAL - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO DEFICIÊNCIA E INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES NA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS - ABSOLVIÇÃO.

I. Do conjunto probatório não se evidencia total desprezo à Lei 8.666/93, de sorte a configurar a figura típica do artigo 89 da Lei 8.666/93.

II. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a tipificação do crime exige o dolo específico.

III. Recurso da defesa provido.

IV. Negado provimento ao recurso do MP.

(TJDFT - ACR: 978566 DF 20130111425185APR, Relatora: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 3/11/2016, PRIMEIRA TURMA CRIMINAL)

Pelo exposto, requer a defesa **absolvição** do crime previsto no artigo 89, parágrafo único, da Lei de Licitações, nos termos do artigo 386, incisos I, II, III e IV, do Código de Processo Penal.

II.I.II. - DA ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE PECULATO

Nas razões da denúncia em relação ao crime de peculato, defende a acusação existência de um esquema montado pelos réus FULANO DE TAL, FULANO DE TAL, FULANO DE TAL e FULANO DE TAL com objetivo de desviarem dinheiro em proveito próprio. Para isso, FULANO DE TAL determinou ao FULANO DE TAL que providenciasse a

contratação irregular da empresa administrada pelo FULANO DE TAL, este então destinou dinheiro em proveito do Sindicato presidido pela FULANO DE TAL, como fins de apropriar do dinheiro. Cita-se trecho da denúncia:

Seguindo a determinação e a orientação do denunciado FULANO DE TAL, os denunciados FULANO DE TAL, FULANO DE TAL e FULANO DE TAL instrumentalizaram, juntamente com os demais denunciados, a contratação irregular da empresa XXXXXX pela Administração Regional de XXXXXX, conforme detalhadamente já descrito acima.

Conforme exposto no item “G” do crime anterior, **em nenhum momento houve qualquer tipo de acerto ou ajuste prévio** entre os acusados para que promovessem, mediante processo licitatório, um evento em benefício deles. Isto é, NÃO houve nenhum esquema fraudulento com o objetivo de utilizar do dinheiro da licitação para proveito dos referidos acusados.

Conforme análise em conjunto dos depoimentos dos acusados, o deputado na época FULANO DE TAL destinou dinheiro de verba parlamentar para Administração de XXXXXX com objetivo de atender a uma demanda exigida há tempos pelo sindicato RURALTUR, presidido pela FULANO DE TAL.

O administrador na época FULANO DE TAL autorizou o procedimento licitatório com fins dar efetivo uso da verba parlamentar. Aberto o procedimento de licitação, o FULANO DE TAL se candidatou a organizar o evento, mediante a apresentação de bandas regionais para participarem no evento, e foi escolhido pela administração, mediante parecer favorável da Assessoria Técnica no sentido de inexigibilidade de licitação.

Os acusados FULANO DE TAL e FULANO DE TAL NÃO tinham ciência da contratação da banda administrada pelo FULANO DE TAL, tendo conhecimento somente após processo investigatório, conforme exposto no tópico “G”.

FULANO DE TAL, em posse do dinheiro, ajustou com as bandas e realizou os pagamentos cobrados por elas, bem como encaminhou parte do dinheiro para o sindicato presidido pela FULANO DE TAL, a fim de que esta ajudasse na organização do evento, ficando FULANO DE TAL responsável apenas pela produção musical do evento.

Partindo da premissa que existiu um esquema com objetivo de desviar a verba, por qual motivo os acusados FULANO DE TAL e FULANO DE TAL teriam confirmado em audiência que houve a destinação da verba para o sindicato?

Considerando que o desvio de verbas públicas tem como característica o agir às escondidas dos envolvidos, os acusados não negaram em nenhum momento que houve destino da verba para o sindicato, chegando ao ponto da FULANO DE TAL demonstrar, por meio de serviço contábil, a destinação da verba, conforme seu interrogatório judicial.

Tem-se claramente que os acusados NÃO se acertaram previamente para desviar dinheiro da administração, nem tampouco pretenderam aproveitar do dinheiro em benefício próprio.

Talvez até tenha ocorrido **irregularidade administrativa** no ato do acusado FULANO DE TAL destinar parte da verba da licitação para a FULANO DE TAL , sem haver prévia determinação no contrato administrativo, caracterizando-se, portanto, a possibilidade de descumprimento do contrato e, por conseguinte, a rescisão do contrato e suas consequências administrativas previstas no artigo 87 da referida Lei de Licitações. Ocorre que existe uma enorme diferença entre descumprimento do contrato e o ilícito criminal de peculato na modalidade desvio.

Nos termos da denúncia, houve o crime de peculato na modalidade em concurso de pessoas (artigo 29 do Código Penal). Com

efeito, **imprescindível que demonstre o vínculo dos acusados** com objetivo de desviarem o dinheiro em proveito próprio.

Veja que o conjunto fático demonstra nitidamente o sentido oposto da acusação, qual seja **ausência de dolo e vínculo subjetivo dos réus**, de modo a **afastar** qualquer acusação no sentido de que conduziram a licitação de forma a direcioná-la à contratação da citada empresa, com fins de desviarem dinheiro em benefício próprio.

Pelo exposto, requer a defesa **absolvição** do crime previsto no artigo 312 do Código Penal, nos termos do artigo 386, incisos I, IV e VII, do Código de Processo Penal.

II.I.III. - DA ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

No que se refere ao crime de lavagem de dinheiro, a defesa acompanha o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, visto que não houve a materialidade do crime ora denunciado.

Veja que as fases do crime (ocultação, controle ou mascaramento e integração) NÃO foram percorridas, de modo a se afastar qualquer acusação no sentido do tipo penal ora examinado.

Assim, requer a **absolvição** do acusado pelo fato não constituir a infração penal ora examinada, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

II.II. - DA ABSOLVIÇÃO PARCIAL - DA ABSORÇÃO DO CRIME DE LICITAÇÃO PELO CRIME DE PECULATO - CRIME MEIO-FIM

Em observância ao princípio da eventualidade, compreendendo o magistrado pela configuração dos crimes de dispensa irregular de licitação e peculato, requer o reconhecimento da **absorção do crime de licitação** (artigo 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93) **pelo crime de peculato** (artigo 312 do CP) como sendo o primeiro crime-meio para o segundo, pelas seguintes razões.

No momento em que o acusado participou do procedimento licitatório com fins de beneficiar a si próprio, este apenas se utilizou da licitação com objetivo final de se apropriar do dinheiro. De forma mais direta, a licitação funcionou como meio para que pudesse se apropriar do dinheiro, logo o dolo da conduta voltou-se para a subtração presente no peculato-furto.

Assim, as condutas de fraudar a licitação foram realizadas com **único propósito para consumação do crime principal**, qual seja peculato. Isto é, funcionaram como atos preparatórios para execução do crime final de apropriar do dinheiro, portanto, peculato.

Se não houvesse a conduta do primeiro (auxílio na dispensa irregular de licitação), não seria possível o crime final de peculato, de modo que a conduta do primeiro funcionou como **etapa necessária para o crime final**.

Esclarece-se que, mesmo que os objetos jurídicos dos delitos sejam diversos, NÃO é obstáculo para a configuração da consunção¹. Veja, por exemplo, o crime de invasão de domicílio para a prática de furto, e, apesar de serem bem jurídicos diversos, somente o crime-fim (furto) é punido. Importa em observar a **linha de desdobramento do delito**, sendo irrelevante a diversidade dos bens jurídicos protegidos pela norma.

¹ Bitencourt, Cezar Roberto Direito penal das licitações / Cezar Roberto Bitencourt. – São Paulo : Saraiva, 2012. Pág. 287/293.

Esclarece-se, ainda, que, embora seja a pena mínima do crime meio (artigo 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.) maior que a pena mínima do crime final (artigo 312 do CP, pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa), nada impede a aplicação deste, pois o que importa na absorção de um crime por outro não é o tempo da pena, mas sim a **linha causal do crime**.

Cita-se como exemplo a Súmula nº 17 do Superior Tribunal de Justiça (*Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, e por este absorvido*), na qual o crime de estelionato (art. 171 do CP), por mais que possua pena inferior em relação ao crime de falsificação de documento público, ora crime-meio, (art. 297 do CP), reconhece-se aquele como crime-fim, restando absolvido o segundo.

Desse modo, apesar de o crime de dispensa irregular ter servido como causa para a prática do delito final (peculato), **irrelevante será a diversidade dos bens jurídicos, bem como a diferença no tempo da pena**.

Assim, o crime de peculato (art. 312 do CP), por ser o que mais se identifica com a finalidade do agente, deverá preponderar sobre os crime preparatório para sua execução, qual seja, crime de inexigibilidade de licitação (art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).

Com esses fundamentos, na hipótese de não absolvição, em face da conduta do réu se melhor adequar à hipótese de crime-fim, requer a **absolvição do crime-meio** (art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93) e a **condenação somente pelo crime-fim** (art. 312 do CP).

III - DO PEDIDO:

Ante o exposto, requer a Defesa Técnica:

- A. **absolvição** do crime previsto no artigo 89, parágrafo único, da Lei de Licitações, nos termos do artigo 386, incisos I, II, III e IV, do Código de Processo Penal;
- B. **absolvição** do crime previsto no artigo 312 do Código Penal, nos termos do artigo 386, incisos I, IV e VII, do Código de Processo Penal;
- C. **absolvição** do acusado do crime de lavagem de dinheiro, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal;
- D. **subsidiariamente**, em face da conduta do réu se melhor adequar à figura de crime-fim, requer a **absolvição do crime-meio** (art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93) e a **condenação somente pelo crime-fim** (art. 312 do CP).

Pede deferimento.

XXXXX-XX, XXXX

FULANO DE TAL
Defensor Público

FULANO DE TAL
COLABORADOR DA XXXXX