



OLIVEIRA LIMA, HUNGRIA, DALL'ACQUA & FURRIER  
A D V O G A D O S

AREOBALDO ESPÍNOLA DE OLIVEIRA LIMA FILHO | JOSÉ LUIS OLIVEIRA LIMA  
JAQUELINE FURRIER | CAMILLA HUNGRIA | RODRIGO DALL'ACQUA  
GIOVANNA GAZOLA | ANA CAROLINA DE OLIVEIRA PIOVESANA  
CAMILA TORRES CESAR | FABIANA SCHEFER SABATINI | ANA CAROLINA MIRANDA  
VERÔNICA CARVALHO RAHAL | DANIEL KIGNEL

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª  
VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO BERNARDO DO  
CAMPO-SP.**


C Ó P I A

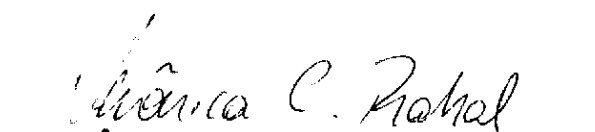
**PROTÓCOLO**  
**2º OFÍCIO CRIMINAL**  
**SÃO BERNARDO DO CAMPO**  
  
23 MAI 2014  
  
JUIZO DE DIREITO

**CLEUZA RODRIGUES REPULHO**, por seus advogados, nos autos da ação penal nº 0009847-95.2014.8.26.0564, em trâmite perante este Juízo, vem, nos termos dos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal, apresentar **resposta à acusação**, através da qual expõe e requer o que segue.

Termos em que,  
Pede deferimento.

De São Paulo para São Bernardo do Campo,  
em 23 de maio de 2014.

  
**RODRIGO DALL'ACQUA**  
OAB/SP 174.378

  
**VERÔNICA CARVALHO RAHAL**  
OAB/SP 316.334



## 1. BREVE INTRODUÇÃO

Cleuza Repulho é pedagoga, com especialização em orientação educacional, pós-graduada em didática do ensino superior, mestre em educação de jovens e adultos, tendo ainda cursado o programa de liderança executiva em desenvolvimento da primeira infância pela universidade de Harvard. Atuou como professora universitária, diretora de fortalecimento institucional e gestão educacional do Ministério da Educação, diretora do departamento de investimento e ações em educação da Fundação Orsa e consultora da Unesco. Atualmente, é membro do Conselho Técnico Científico da Educação Básica (Capes), Conselho da Comunidade de Aprendizagem (CEDAC) e do conselho assessor da Organização dos Estados Ibero Americano, além de presidir a União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação.

Se dependesse dos Promotores que subscreveram a denúncia, **Cleuza hoje estaria na cadeia.**

A denúncia alega que Cleuza cometeu crimes em licitações ocorridas em 2009 e 2010. Por qual razão ela deveria responder presa ao processo movido em 2014?

Em síntese, os subscritores da denúncia alegam que a prisão cautelar é necessária porque ao longo dos anos Cleuza seguiu exercendo uma **ocupação profissional lícita, no mesmo cargo e endereço.** Por esta razão, deve, na ótica acusatória, ser encarcerada preventivamente, mesmo sendo **primária e de ótimos antecedentes.**

Um pedido de prisão com estes fundamentos não poderia estar acompanhado de uma boa denúncia...



Conforme se verá a seguir, toda a estratégia acusatória – pedido de prisão e denúncia – é construída à margem do Direito, merecendo amplo e severo repúdio do Poder Judiciário.

## 2. DAS PRELIMINARES

### 2.1. O CERCAMENTO DE DEFESA PELA AUSÊNCIA DE ACESSO AO ACERVO PROBATÓRIO

De início, importante consignar que a preliminar de ausência de acesso ao material probatório **não é imputada a este Exmo. Juízo**, mas sim ao Ministério Público, que além de usurpar a função investigativa da polícia, ainda impediu que a Defesa pudesse conhecer os elementos desta ilegítima investigação.

No dia 20 de maio, foi protocolada petição requerendo vista de todos os volumes e apensos desta ação penal, devido ao fato de que o curso do prazo para apresentação de resposta à acusação já havia se iniciado. O pedido de vistas foi imediatamente deferido e a Defesa da Requerente teve acesso a 8 volumes e 5 anexos da presente ação penal.

Observando as cópias fornecidas, consta que os autos não foram instruídos com o inteiro teor do PIC nº 26/12, como podemos perceber na leitura do oferecimento da denúncia de fls. 1494, onde é citada a existência total de 8 volumes principais, 17 anexos e 2 apensos.

Importante ressaltar também, que a denúncia faz referência a documentos e depoimentos não compilados nos autos fornecidos para a Defesa, impossibilitando a análise da mesma.



Desta feita, para o exercício da garantia constitucional da ampla defesa, é imprescindível ter-se acesso a todos os elementos de prova relacionados com os fatos. É inviável o cumprimento do artigo 396-A do Código de Processo Penal sem ter amplo acesso a todo material utilizado para o embasamento da denúncia.

Assim, requer-se, como requisito indispensável, acesso a todo o material probatório relacionado com a denúncia, inclusive o material coletado em busca e apreensão, integra de áudios de interceptações telefônicas, mensagens de e-mail, informações bancárias.

Saliente-se que sem o amplo acesso ao conteúdo probatório é impossível a realização de qualquer manifestação defensiva. Apenas para evitar a hipótese de preclusão, apresenta-se a presente resposta à acusação, em **caráter precário e não definitivo**. Após a obtenção de acesso a todo o material probatório relacionado com a denúncia, requer-se a **reabertura** do prazo para ratificação ou alteração da presente defesa, incluindo eventual mudança do rol de testemunhas.

## 2.2. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO NA FASE DO ART. 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A Requerente está sendo processada por fatos relacionados com o exercício do cargo de Secretária de Educação, porém, em que pese a acusação estar relacionada com o exercício de função pública, não foi intimada para apresentar, antes do recebimento da denúncia, a defesa própria do art. 514 do Código de Processo Penal. E, conforme recente posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, a inobservância deste dispositivo processual é causa de nulidade absoluta, capaz de invalidar até mesmo uma sentença condenatória já proferida:



*“HABEAS CORPUS. DELITO DE CONCUSSÃO (ART. 316 DO CÓDIGO PENAL). FUNCIONÁRIO PÚBLICO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. FALTA DE NOTIFICAÇÃO DO ACUSADO PARA RESPOSTA ESCRITA. ART. 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PREJUÍZO. NULIDADE. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.*

*1.(...)*

*2. O prejuízo pela supressão da chance de oferecimento de resposta preliminar ao recebimento da denúncia é indissociável da abertura em si do processo penal. Processo que, no caso, resultou em condenação, já confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no patamar de 3 (três) anos de reclusão.*

*3. Na concreta situação dos autos, a ausência de oportunidade para o oferecimento da resposta preliminar na ocasião legalmente assinalada revela-se incompatível com a pureza do princípio constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, mormente em matéria penal. Noutros termos, a falta da defesa preliminar à decisão judicial quanto ao recebimento da denúncia, em processo tão vincado pela garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, como efetivamente é o processo penal, caracteriza vício insanável. A ampla defesa é transformada em curta defesa, ainda que por um momento, e já não há como desconhecer o automático prejuízo para a parte processual acusada, pois o fato é que a garantia da prévia defesa é instituída como possibilidade concreta de a pessoa levar o julgador a não receber a denúncia ministerial pública. Logo, sem a oportunidade de se contrapor ao ministério público quanto à necessidade de instauração do processo penal - objetivo da denúncia do Ministério Público -, a pessoa acusada deixa de usufruir da garantia da plenitude de defesa para escapar à pecha de réu em processo penal. O que traduz, por modo automático, prejuízo processual irreparável, pois nunca se pode saber que efeitos produziria na subjetividade do magistrado processante a contradita do acusado quanto ao juízo do recebimento da denúncia. 4. Ordem concedida.” (HC 95712, 1ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 20/04/2010)*

Assim, para possibilitar o pleno exercício da ampla defesa, e, visando ainda evitar a prática de atos que possam ser futuramente anulados, requer-se seja declarada a nulidade do despacho que recebeu a denúncia, abrindo-se vista para oferecimento da defesa prevista no art. 514 do Código de Processo Penal.



Apenas para evitar maiores riscos ao direito de defesa da Requerente, considerando a hipótese de Vossa Excelência indeferir o pedido de manifestação na fase do art. 514 do Código de Processo Penal, a seguir será apresentada a manifestação em resposta à acusação, em caráter precário e somente no intuito de evitar eventual preclusão.

### **2.3. A ILEGALIDADE DA INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

O Ministério Público realizou investigação na fase pré-processual e, assim agindo, incorreu em ilegalidade e produziu prova ilícita:

*“O que se questiona é a ingerência completa e exclusiva do MP em diligências de polícia judiciária. Parece evidente que se o MP age como autoridade policial, inclusive como agente provocador, e ato contínuo oferece denúncia e pretende atuar como titular da ação penal, estará ele comprometendo irremissivelmente a estrutura e o equilíbrio do processo penal e os demais postulados básicos do Estado de Direito. Agindo como policial, o Promotor de Justiça quebra o contraditório, e faz pender em seu favor a prova, em detrimento da defesa” (HC 1916/2000 – 6ª Câmara Criminal do TJRJ).*

Assim, em preliminar, requer-se a declaração de nulidade de todas as provas produzidas pelo Ministério Público em sua ilegal investigação.

### **3. DA MANIFESTA ATIPICIDADE DOS CRIMES LICITATÓRIOS NARRADOS NA DENÚNCIA: DESCRIÇÃO DE CONDUTA CULPOSA**

A denúncia acusa a Requerente da prática de 6 (seis) crimes licitatórios (arts. 89, 90 e 92 da Lei nº 8.666/93) que teriam sido



Apesar de ser uma peça acusatória confusa, contraditória e de difícil compreensão, a denúncia apresenta uma característica marcante ao formular as acusações contra Cleuza Repulho: em todos os crimes licitatórios, Cleuza é **acusada de omissão por não cumprir com a sua obrigação legal de vigilância**.

A denúncia empilha um amontoado de frases e expressões para construir a tese de que Cleuza foi omissa e faltou com seu dever legal de impedir o resultado danoso:

**(...) “tinha o dever de fiscalizar”;**

**(...) “omitiu-se, desta feita, em sua obrigação de vigilância”;**

**(...) “sua omissão é penalmente relevante, eis que devia e podia agir para evitar o resultado danoso”**

**(...); “dever legal de cuidado e proteção aos termos do edital e contrato, com obrigação de impedir o resultado”;**

**(...) “não observaram fato óbvio”**

**(...) “não se atentaram, ainda, para a possibilidade de evasão fiscal”**

**(...); “tinha as mesmas obrigações”;**

**(...) “faltou com seu dever de vigilância”;**

**(...) “tinha a obrigação legal de evitar o fato”.**



A seguir, transcrevemos alguns trechos da denúncia para melhor expor o propósito acusatório de punir Cleuza por sua suposta omissão no dever legal de **fiscalizar** e na obrigação legal de **vigilância**<sup>1</sup>:

**- denúncia de fraude à licitação (art. 90 – mochila):**

*“CLEUZA é agente política há anos, tendo exercido a Secretária de Educação de outro grande município no passado (Santo André). Ademais, CLEUZA foi a ordenadora da despesa e já havia sido instada por cidadão sobre possível irregularidade envolvendo as empresas e a licitação, isto meses antes de setembro de 2009 (conforme carta de fl. 226, autos principais, volume 02).*

*A denunciada CLEUZA, portanto, tinha o dever de fiscalizar – e nele omitiu-se gravemente -, na medida em que sabia de antemão que haveria algo de irregular nas licitações. Omitiu-se, desta feita, em sua obrigação de vigilância, eis que esta licitação foi primariamente fraudada. Sua omissão é penalmente relevante, eis que devia e podia agir para evitar o resultado danoso à Prefeitura de São Bernardo do Campo.”* (fls. 34 e 35 da denúncia)

**- denúncia de fraude à licitação (art. 90 – tênis):**

*“A denunciada CLEUZA, portanto, tinha o dever de fiscalizar – e nele omitiu-se gravemente -, na medida em que sabia de antemão que haveria algo de irregular nas licitações. Omitiu-se, desta feita, em sua obrigação de vigilância, eis que esta licitação foi primariamente fraudada. Sua omissão é penalmente relevante, eis que devia e podia agir para evitar o resultado danoso à Prefeitura de São Bernardo do Campo. CLEUZA é agente política há anos, tendo exercido a Secretaria de Educação de outro grande município no passado (Santo André). Ademais, CLEUZA foi a ordenadora da despesa e já havia sido instada por um munícipe sobre possível irregularidade envolvendo as empresas e a licitação, isto meses antes de setembro de 2009 (conforme carta de fl. 226, autos principais, volume 02).”* (fls. 72 e 73 da denúncia)

<sup>1</sup> Apenas para ressaltar os equívocos da denúncia, citamos:

“**fiscalizar** [De fiscal + -izar.] V. t. d. 1. Velar por; vigiar, examinando: fiscalizar obras. 2. Submeter a atenta vigilância, sindicado (os atos de outrem). 3. Examinar, verificar: fiscalizar uma contabilidade. Int. 4. Exercer o ofício de fiscal.” (2010, p. 949).

“**vigiar** [Do lat. vigilare, por via pop.] V. t. d. 1. Observar atentamente; estar atento a; atentar em: Vigia o leite a ferver. 2. Observar ocultamente; espreitar: Passou a noite vigiando a estrada. 3. Velar por: Orou para que os santos vigiassem a criança. 4. Bras. Procurar, campear: O tropeiro vigia o rebanho. T. i. 5. P. us. Tomar cuidado; estar atento; cuidar: A mãe vigia no filhinho. Int. 6. Estar acordado ou atento; velar. 7. Estar de sentinela; estar alerta; velar. P. 8. Precaver-se, precatar-se, acautelar-se. [ F. paral.: vigilar.]” (2010, p. 2158).

“**vigilância** [Do lat. vigilantia.] S. f. 1. Ato ou efeito de vigiar(-se). 2. Precaução, cuidado, prevenção. 3. Zelo, diligência.” (2010, p. 2158). FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; Dicionário Aurélio da língua portuguesa/ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação Maria Baird Ferreira. Margarida dos Anjos. –





**- denúncia de modificação no curso da licitação (art. 92 – mochila):**

*“Os denunciados SYLVIO e OSVALDINA, como procuradores do município, tinham o dever legal de cuidado e proteção aos termos do edital e contrato, com obrigação de impedir o resultado.*

*Os denunciados SYLVIO e OSVALDINA não observaram fato óbvio constante dos autos do procedimento, qual seja, o pedido de alteração de CNPJ estava subscrito pelo denunciando MARCOS DIVINO RAMOS que sequer constava como representante de direito da empresa G8. Não se atentaram, ainda, para a possibilidade de evasão fiscal em prejuízo do Estado de São Paulo, o que será apurado em processo autônomo.”* (fls. 41 e 42 da denúncia)

*“Os denunciados SYLVIO e OSVALDINA possibilitaram o resultado delituoso seja com as referidas ações ou omissões, sem as quais não teria ocorrido o benefício à empresa G8. E, ao assim procederem, concorreram na prática criminosa com os demais denunciados, em especial, com a denunciado CLEUZA REPULHO que também tinha as mesmas obrigações.”* (fls. 42 e 43 da denúncia)

**- denúncia de modificação no curso da licitação (art. 92 – tênis):**

*“Os denunciados SYLVIO e OSVALDINA, como procuradores do município, tinham o dever legal de cuidado e proteção aos termos do edital e contrato, com obrigação de impedir o resultado.*

*Os denunciados SYLVIO e OSVALDINA não observaram fato óbvio constante dos autos do procedimento, qual seja, o pedido de alteração de CNPJ estava subscrito pelo denunciando MARCOS DIVINO RAMOS que sequer constava como representante de direito da empresa G8. Não se atentaram, ainda, para a possibilidade de evasão fiscal em prejuízo do Estado de São Paulo, o que será apurado em processo autônomo.”* (fls. 79 e 80 da denúncia)

*“Os denunciados SYLVIO e OSVALDINA deram causa ao resultado delituoso seja com as referidas ações ou omissões, sem as quais não teria ocorrido o benefício à empresa G8. E, ao assim procederem, concorreram para a prática criminosa com os demais denunciados, em especial, com a denunciado (SIC) CLEUZA REPULHO que também tinha as mesmas obrigações.”* (fl. 80 da denúncia)

**- denúncia de dispensa ilegal de licitação (art. 89 – mochila):**

*“Além disso, CLEUZA faltou com seu dever de vigilância, pois a pesquisa de preços levada a efeito por SÉRGIO MOREIRA não foi baseada em ampla pesquisa de mercado, mas sim em orçamentos das empresas pertencentes ao grupo criminosos em tela, como CDF,*



*IRIDIUM, KRSWILL e BYD, o que evidencia a fraude.” (fl. 46 da denúncia)*

*“A denunciada CLEUZA REPULHO, como já descrito na denúncia, tinha a obrigação legal de evitar o fato, mas o provocou e chancelou. Ainda, tinha ciência de que haveria irregularidades tanto em relação à compra como em relação à empresa G8 e mesmo assim prosseguiu com a renovação do contrato.” (fl. 46 da denúncia)*

*“Os denunciados SYLVIO e JOSÉ ROBERTO deram causa ao resultado delituoso seja com as referidas ações ou omissões, sem as quais não teria ocorrido a dispensa da licitação. E, ao assim procederem, concorreram na prática criminosa com os demais denunciados, em especial, com a denunciado CLEUZA REPULHO que também tinha as mesmas obrigações.” (fls. 49 e 50 da denúncia)*

**- denúncia de dispensa ilegal de licitação (art. 89 – tênis):**

*“Além disso, CLEUZA faltou com seu dever de vigilância, pois a pesquisa de preços levada a efeito por SÉRGIO MOREIRA não foi baseada em ampla pesquisa de mercado, mas sim em orçamentos das empresas pertencentes ao grupo criminoso em tela ou sem lastro, o que evidencia o dolo.” (fl. 83 da denúncia)*

*“A denunciada CLEUZA REPULHO, como já descrito na denúncia, tinha a obrigação legal de evitar o fato, mas o provocou e chancelou. Ainda, tinha ciência de que haveria irregularidade em relação a compra e a empresa G8 e mesmo assim prosseguiu com a renovação do contrato.” (fls. 83 e 84 da denúncia)*

*“Os denunciados SYLVIO e JOSÉ ROBERTO deram causa ao resultado delituoso seja com as referidas ações ou omissões, sem as quais não teria ocorrido a dispensa da licitação. E, ao assim procederem, concorreram na prática criminosa com os demais denunciados, em especial, com a denunciada CLEUZA REPULHO que também tinha as mesmas obrigações.” (fl. 88 da denúncia)*

Portanto, a denúncia acusa Cleuza da prática de crimes licitatórios em função de sua suposta falha no dever legal de fiscalizar e na obrigação legal de vigilância, alegando que esta omissão foi penalmente relevante.



A denúncia narra que esta **omissão foi culposa**, sustentando que Cleuza “**já havia sido instada por cidadão sobre possível irregularidade envolvendo as empresas e a licitação, isto meses antes de setembro de 2009 (conforme carta de fl. 226, autos principais, volume 02).**” (fl. 34 da denúncia)

Diante de uma **carta** relatando uma **possível** ilicitude na licitação, a denúncia conclui que “*a denunciada CLEUZA, portanto, tinha o dever de fiscalizar– e nele omitiu-se gravemente -, na medida em que **sabia de antemão que haveria algo de irregular nas licitações**”.* (fls. 34 e 35 da denúncia).

É preciso atenção para os termos utilizados pela **denúncia** sobre a tal carta de fl. 226: a acusação afirma que a carta apenas menciona uma “**possível irregularidade**” e que “**haveria algo de irregular**”. Segundo a denúncia, diante desta carta, Cleuza deveria ter sido ainda mais diligente em seu dever de fiscalização e vigilância, mas, ainda assim, teria sido omissa.

É necessária ainda **mais atenção** na leitura da carta de fl. 226, uma vez que a **denúncia deturpa radicalmente o seu conteúdo**.

Em primeiro lugar, a carta foi **protocolada** somente **anos depois de todos os fatos narrados na denúncia**, especificamente em **agosto de 2012**.



Em segundo lugar, a **denúncia falta com a verdade** quando afirma que a carta de fl. 226 narra “*possível irregularidade envolvendo as empresas e a licitação*”.

De rápida leitura da carta de fl. 226, constata-se, com tristeza, a **baixíssima credibilidade da denúncia**, pois a carta não menciona nada do que sustenta a inicial acusatória:

- A carta não cita o nome de uma única empresa;
- A carta não cita o nome de um único empresário;
- A carta não menciona a palavra licitação;
- A carta não menciona a palavra tênis;
- A carta não menciona a palavra mochila;
- A carta é datada de agosto de 2012.

Portanto, a denúncia, sem qualquer compromisso com a verdade, interpreta fantasiosamente uma **carta de agosto de 2012 que não menciona os procedimentos licitatório de 2009**, para fazer crer que Cleuza



*“já havia sido instada por cidadão sobre possível irregularidade envolvendo as empresas e a licitação, isto meses antes de setembro de 2009 (conforme carta de fl. 226, autos principais, volume 02).” (fl. 34 da denúncia)*

Pois bem, **voltando ao tema inicial**, a denúncia alega que, por força do recebimento da tal carta, *“a denunciada CLEUZA, portanto, tinha o dever de fiscalizar– e nele omitiu-se gravemente -, na medida em que sabia de ontemão que haveria algo de irregular nas licitações”*. (fls. 34 e 35 da denúncia)

Em sequência, a denúncia sustenta que, mesmo ciente de que algo de errado poderia acontecer, Cleuza se omitiu no seu dever de fiscalizar, despejando uma série de expressões para sustentar que a sua omissão na vigilância foi penalmente relevante: (...) “tinha o dever de fiscalizar”; (...) “omitiu-se, desta feita, em sua obrigação de vigilância”; (...) “sua omissão é penalmente relevante, eis que devia e podia agir para evitar o resultado danoso” (...); “dever legal de cuidado e proteção aos termos do edital e contrato, com obrigação de impedir o resultado”; (...) “não observaram fato óbvio” (...) “não se atentaram, ainda, para a possibilidade de evasão fiscal” (...); “tinha as mesmas obrigações”; (...) “faltou com seu dever de vigilância”; (...) “tinha a obrigação legal de evitar o fato”.

Dos trechos transcritos, extrai-se que a denúncia descreve, ao tratar dos crimes licitatórios, a suposta prática, por parte da Requerente, de **crime omissivo impróprio**, também denominado **comissivo por omissão**.

Os crimes omissivos impróprios são tratados pela legislação pátria no §2º do art. 13 do Código Penal, o qual prescreve ser penalmente relevante a omissão quando *“o omitente devia e podia agir para*



*evitar o resultado*”. Nesse sentido, esclarece NUCCI<sup>2</sup> que “*são crimes omissivos impróprios os que envolvem um não fazer, que implica na falta do dever legal de agir, contribuindo, pois, para causar o resultado. Não têm tipos específicos, gerando uma tipicidade por extensão. Para que alguém responda por um delito omissivo impróprio é preciso que tenha o dever de agir, imposto por lei, deixando de atuar, dolosa ou culposamente, auxiliando na produção do resultado*”.

Por sua vez, verifica-se que os crimes omissivos impróprios podem ser praticados tanto na modalidade dolosa, quanto na **culposa**. Ocorrerá o dolo quando o agente conhecer e quiser a omissão, desejando a ocorrência daquele resultado criminoso<sup>3</sup>.

Já a culpa restará configurada quando o omitente, por não observar o dever de cuidado, **deixar de impedir o resultado**<sup>4</sup>. A respeito da caracterização da culpa nos crimes comissivos por omissão, esclarece Sheila Bierrenbach<sup>5</sup>:

*“No delito omissivo impróprio negligente, ocorre uma infração do dever de cuidado objetivo, por via omissiva. Neste sentido, o dever legal de cautela impõe a realização de conduta ativa, com a finalidade de evitar o surgimento de riscos para os bens dos garantidos ou mesmo para obstar o incremento dos perigos preexistentes. Estas medidas acautelatórias em favor de bens em perigo devem-se, exclusivamente, aos garantes. De outra sorte, tal como na negligência ativa, a culpa omissiva assenta-se na previsibilidade objetiva, na possibilidade de o garante prever que sua inação pode gerar perigo para o bem jurídico ou agravar perigo preexistente, permitindo a ocorrência do resultado vedado pela lei.”*

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 138.

<sup>3</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense: 2012, p. 221/222.

<sup>4</sup> PASCHOAL, Janafna Conceição. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 200.

<sup>5</sup> In Crimes omissivos impróprios, uma análise. D. L. P. n. 1, p. 111, 2000.



Assim, conclui-se, sem sombra de dúvidas, que a denúncia descreve a ocorrência de uma **omissão culposa**. Afirma que Cleuza, mesmo **sem ter ciência** das imaginadas ilicitudes, foi advertida pela carta de fl. 226 de que algo de irregular poderia acontecer.

E, mesmo depois desta advertência postal, que deveria ter aumentado a sua fiscalização sobre os procedimentos licitatórios, a denúncia alega que Cleuza omitiu-se no seu dever de vigilância.

É inegável que **não** consta na inicial a descrição de atos que caracterizem que a Requerente, por meio de sua omissão, **pretendia** a ocorrência dos crimes previstos na Lei nº 8.666/93. Não foi sequer narrado, portanto, que existia a vontade dolosa e consciente de cometer crime licitatório. A Acusação limita-se a sustentar que Cleuza, mesmo advertida de que algo poderia andar errado, omitiu-se no seu dever de vigilância ao deixar de fiscalizar o procedimento licitatório.

Ocorre que, nos termos do art. 18, II, do Código Penal, para se admitir a **possibilidade da ocorrência do delito culposos deve esta hipótese estar expressa no tipo penal**, seja nos crimes do Código Penal, seja nos delitos previstos em leis especiais. Logo, **não há que se falar em modalidades culposas na Lei nº 8.666/93<sup>6</sup>**. Esse é o entendimento pacificado em nossa jurisprudência:

***“Os crimes tipificados pela Lei 8.666 não admitem a modalidade culposa; portanto, de acordo com o dispositivo geral, são sempre dolosos. Vale dizer, o tipo subjetivo desses crimes porta sempre o dolo, a livre, consciente e incondicionada vontade de praticar a conduta descrita no tipo subjetivo. Mas, além do dolo, o tipo subjetivo porta, também, intenção de intervir em uma pública***

<sup>6</sup> Nesse sentido Marçal Justen Filho, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 14 ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 000.



licitação;" (APN nº 214, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, j. 07.05.08, grifamos)

Como consequência, a denúncia, nas imputações que fez contra a Requerente, ao descrever a ocorrência de crime comissivo por omissão na modalidade culposa, **narrou conduta atípica.**

Diante do exposto, requer-se a absolvição sumária da Requerente no tocante aos crimes dos artigos 89, 90 e 92 da Lei nº 8.666/93, com fundamento no art. 397, III, do Código de Processo Penal.

#### **4. DA MANIFESTA ATIPICIDADE DOS CRIMES LICITATÓRIOS NARRADOS NA DENÚNCIA: A AUSÊNCIA DE DEVER JURÍDICO DE EVITAR O RESULTADO**

A denúncia afirma que Cleuza tinha o dever jurídico de fiscalizar a licitação, e que ela foi omissa em "sua obrigação de vigilância", alegando que "*sua omissão é penalmente relevante, eis que devia e podia agir para evitar o resultado danoso à Prefeitura de São Bernardo do Campo*". (fl. 35 da denúncia)

Ou seja, como já exposto anteriormente, a denúncia se apegou aos termos do **artigo 13 do Código Penal** para responsabilizar criminalmente a Requerente:

*"Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.*

*Superveniência de causa independente*

*§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.*





### *Relevância da omissão*

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;”

Todavia, a denúncia não narrou por qual razão jurídica a Requerente “devia” agir para evitar o resultado, deixando de apontar o fundamento legal para a alegada “obrigação de vigilância”.

Interpretando o artigo 13 do Código Penal, César Roberto Bittencourt nos ensina que a omissão penalmente relevante **somente** pode ser imputada ao agente que a “lei determina-lhe a obrigação de intervir neste processo”:

“Há, no entanto, outro tipo de crime omissivo, o comissivo por omissão, ou omissivo impróprio, como já afirmamos, no qual o dever de agir é para evitar um resultado concreto. Nesses crimes, o agente não tem simplesmente a obrigação de agir, mas a obrigação de agir para evitar um resultado, isto é, deve agir com a finalidade de impedir a ocorrência de determinado evento. Nos crimes comissivos por omissão há, na verdade, um crime material, isto é, um crime de resultado, exigindo, conseqüentemente, a presença de um nexo causal entre a ação omitida (esperada) e o resultado. (...) Na omissão ocorre o desenrolar de uma cadeia causal que não foi determinada pelo sujeito, que se desenvolve de maneira estranha a ele, da qual é um mero observador. Acontece que a lei determina-lhe a obrigação de intervir neste processo, impedindo que produza o resultado que se quer evitar. Ora, se o agente não intervém, não se pode dizer que causou o resultado, que foi produto daquela energia estranha a ele, que determinou o processo causal.”<sup>7</sup>

Para bem resumir o tema, citamos trecho de acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Como já observou esta Câmara no julgamento do habeas corpus n. 838.165-3/9-00, não se pode imputar

<sup>7</sup> BITTENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal, parte geral, volume 1*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, págs. 187/188.



**crime comissivo por omissão a quem não tenha o dever jurídico de evitá-lo.**<sup>8</sup>

Pois bem, como visto, a denúncia **não** menciona qual é a lei que obriga a Requerente a fiscalizar procedimentos licitatórios, **falha imperdoável** que, por si só, já torna **atípica toda a narrativa ministerial**.

Trata-se de uma circunstância vital para a verificação da existência do **nexo de causalidade**, relevantíssimo aspecto considerado como **“o primeiro passo na indagação da existência de uma infração penal”**<sup>9</sup>.

A denúncia não estabelece o nexo de causalidade. Não aponta qual lei impõe à Requerente o dever jurídico de fiscalizar procedimentos licitatórios. **Narra, portanto, fato atípico.**

**Como se não bastasse esta gritante e incontornável lacuna na denúncia**, existe lei que expressamente desonera a Requerente da **“obrigação de vigilância”** sobre aspectos procedimentais de procedimentos licitatórios.

As **obrigações** do ocupante do cargo de Secretário de Educação de São Bernardo do Campo estão previstas na Lei Municipal nº 5.982, de 11 de novembro de 2009<sup>10</sup>, que dispõe sobre a alteração da estrutura administrativa da Prefeitura do Município, especificamente no artigo 180 e seguintes:

**“SEÇÃO II**

**DA COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS**

**Art. 180. A Secretaria de Educação tem as seguintes competências:**

<sup>8</sup> TJ/SP, Habeas Corpus nº 846677.3/9, 5ª Câmara da Seção Criminal, j. 16/03/06, grifamos.

<sup>9</sup> BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*, 6ª ed., 2010, Ed. Saraiva, p. 123, grifamos.

<sup>10</sup> Disponível em: <https://www.leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-bernardo-do-campo/lei-ordinaria/2009/598/5982/lei-ordinaria-n-5982-2009-dispoe-sobre-a-alteracao-da-estrutura-administrativa-da-prefeitura-do-municipio-de-sao-bernardo-do-campo-alteracao-da-lei-municipal-n-2240-de-13-de-agosto-de>



*I - administrar o Sistema Municipal de Ensino e de assistência ao escolar:*

- a) dispor sobre normas complementares para o aperfeiçoamento permanente do Sistema Municipal de Ensino;*
- b) promover o desenvolvimento do ensino, incentivando a integração entre a escola e a comunidade;*
- c) promover o intercâmbio de informações e de assistência técnica bilateral, com instituições públicas e privadas, nacionais e internacionais;*
- d) proporcionar assistência ao escolar; e*
- e) definir as diretrizes para a elaboração do Plano Municipal de Ensino.*

### *SEÇÃO III*

#### *DA ESTRUTURA HIERÁRQUICA*

*Art. 181. A Secretaria de Educação compreende os seguintes órgãos de linha, diretamente subordinados ao titular da Pasta:*

- I - Serviço de Expediente (SE-001.1);*
- II - Departamento de Ações Educacionais (SE-1);*
- III - Departamento de Apoio à Educação (SE-2); e*
- IV - Departamento de Controle Orçamentário e de Administração do Quadro do Magistério (SE-3).*

*Art. 182. Integram a estrutura da Secretaria de Educação, como órgãos de assessoria da Administração Municipal, vinculados diretamente ao titular da Pasta:*

- I - Conselho Municipal de Educação (CME);*
- II - Conselho Municipal de Alimentação Escolar (CMAE); e*
- III - Conselho Municipal de Acompanhamento e Controle Social do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (COMDEB).”*

Portanto, a lei municipal que prevê os deveres da Secretaria de Educação, cargo ocupado pela Requerente, **não** estipula o dever de atuação ou vigilância em procedimentos licitatórios.

Por outro lado, a mesma legislação fixa a competência de outro setor, qual seja, a **Secretaria de Administração**, para processar e fiscalizar os procedimentos licitatórios:

#### *“CAPÍTULO XLIX*

#### *DA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA*



*Art. 474. Fica criada a **Secretaria de Administração e Modernização Administrativa (SA)**.*

**SEÇÃO I**

**DO CAMPO FUNCIONAL**

*Art. 475. Constitui campo funcional da Secretaria de Administração e Modernização Administrativa (SA):*

(...)

*VII - aquisição de serviços e materiais de consumo; armazenamento e distribuição de materiais de consumo; recebimento, cadastramento, guarda e controle de bens patrimoniais;*

**SEÇÃO II**

**DA COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS**

*Art. 476. A Secretaria de Administração e Modernização Administrativa (SA) tem as seguintes atribuições:*

(...)

*IX - processar as licitações para aquisição de materiais e contratação de obras e serviços;*

(...)

*XXI - elaborar acompanhamento e gerar relatórios sobre os diversos contratos formalizados pela Administração Municipal no tocante a preços, prazos, vigência e aditamentos;*

*Art. 477. A Secretaria de Administração e Modernização Administrativa compreende os seguintes órgãos de linha diretamente subordinados ao titular da Pasta:*

(...)

*VI - Departamento de Materiais e Patrimônio (SA-2);*

(...)

*Art. 512. O Departamento de Materiais e Patrimônio (SA-2) tem as seguintes atribuições:*

*I - executar os projetos e atividades da Secretaria, especialmente:*

*a) processar as licitações para aquisição de materiais, obras e serviços, segundo os dispositivos legais;*

*b) efetivar as compras de materiais ou serviços;*

*c) elaborar as especificações e padronizações de materiais de uso permanente e de consumo, bem como a sua atualização;*

*d) receber, guardar, armazenar, controlar e distribuir os materiais de consumo ou investimento;*

*e) receber, cadastrar, distribuir, fiscalizar e guardar os bens móveis;*

*f) autorizar a baixa de bens de consumo;*

*g) propor a baixa de bens móveis;*

*h) autorizar o cancelamento, revogação e/ou anulação de licitação, bem como declará-la deserta;*

*i) expedir certidões e atestados relativos à capacidade técnica dos contratados.*



- j) *desenvolver projetos de informatização voltados à otimização dos trabalhos executados pela Secretaria; e*  
k) *elaborar relatórios sobre o acompanhamento dos contratos firmados pelo Município no tocante à sua vigência, alterações, evolução de preços e demais ocorrências.*

Portanto, a citada lei municipal expressamente prevê que a Secretaria de Educação não tem o dever e nem mesmo possui competência para atuar em procedimentos licitatórios.

Diante do exposto, considerando que “*não se pode imputar crime comissivo por omissão a quem não tenha o dever jurídico de evitá-lo*”<sup>11</sup>, e, tendo em vista que a denúncia não apresenta fundamento legal para o imaginado dever de vigilância da Requerente, requer-se, também por este motivo, a sua absolvição sumária no tocante aos crimes dos artigos 89, 90 e 92 da Lei nº 8.666/93, com fundamento no art. 397, III, do Código de Processo Penal.

## 5. DA MANIFESTA ATIPICIDADE DOS CRIMES TIPIFICADOS NO ARTIGO 89 DA LEI Nº 8.666/93: INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO

A denúncia imputa, por duas vezes, a prática do crime de dispensa ilegal de licitação, **sem narrar a indispensável ocorrência de prejuízo para a Administração Pública.**

No crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 a ocorrência do **dano é essencial** para a configuração do crime:

“*Não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida*



*contratação indireta, mas na produção de um resultado final danoso.*<sup>12</sup>

**“Conforme entendimento adotado por essa Corte, a dispensa de licitação fora dos casos previstos em lei só é punível quando a conduta acarretar prejuízo ao erário público. Precedentes do STJ.”** (HC nº 95.103/SP, 5ª Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 06/05/2008)”

*“Processo Penal. Licitação. Dispensa. Denúncia. Rejeição. Falta de Justa Causa.*

*1. O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário.”*

(APN nº 323, Corte Especial, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 05/10/2005)

**“1 É possível, no caso, reconhecer, desde logo, a falta de justa causa para a ação penal, uma vez que evidente a atipicidade do fato. Tendo a denúncia reconhecido o êxito do Município com a atuação profissional do paciente e não havendo prejuízo para o erário – bem jurídico primeiro e mais importante tutelado pelo art. 89 da Lei das Licitações -, não há falar em tipicidade.”** (HC nº 52.942, 6ª T., rel. Min. Nilson Naves, j. em 19/09/2006)

A denúncia não narra nenhum dano ou prejuízo. Limita-se a afirmar, nas duas vezes em que imputa o crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, que não houve vantagem para a Administração Pública, sustentando que **“vantagem não ocorreu no presente caso”** pois, supostamente, *“os preços oferecidos se basearam em premissas falsas”* (fls. 50 e 89 da denúncia).

Ora, **afirmar que não ocorreu vantagem não equivale a dizer que houve dano.** Ademais, a denúncia não descreve e nem quantifica, sequer minimamente, a ocorrência de prejuízo, portanto, **narra fato atípico.**

<sup>12</sup> JUSTEN FILHO, Marsal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 14ª ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 903.



Diante do exposto, considerando que a denúncia não narra a existência de dano causado à Administração Pública, elemento essencial para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, requer-se a absolvição sumária da Requerente com fundamento no art. 397, III, do Código de Processo Penal.

## 6. DA MANIFESTA ATIPICIDADE DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 312, §1º, DO CÓDIGO PENAL

O crime de peculato, nos termos expostos por Celso Delmanto<sup>13</sup>, exige o **dolo**, consistente na “*na vontade livre e consciente de subtrair ou de concorrer para a subtração*” com o especial fim de agir em proveito próprio ou alheio.

Cezar Roberto Bittencourt, na mesma linha, evidencia que o crime de peculato somente pode se configurar diante de uma conduta dolosa do agente público:

*“O dolo deve abranger todos os elementos configuradores da descrição típica, sejam eles fáticos, jurídicos ou culturais. O autor somente poderá ser punido pela prática de um fato doloso quando conhecer as circunstâncias fáticas que o constituem. Eventual desconhecimento de um ou outro elemento constitutivo do tipo configura erro de tipo, excludente do dolo. O dolo é, na espécie, a vontade de assenhorear-se de bem móvel (animus rem sibi habendi), com consciência de que pertence ao Estado, invertendo o título da posse. Em outros termos, o agente deve ter vontade e consciência de apropriar-se de coisa móvel do Estado, isto é, de tomar para si coisa que não lhe pertence. No crime de peculato, a exemplo do que ocorre na apropriação indébita, há uma inversão no título da posse, já que o agente passa a agir como se dono fosse da coisa pertencente ao Estado de que tem a posse legítima. É fundamental a presença do elemento subjetivo transformador da natureza da posse, de alheia para própria, como elemento subjetivo especial do injusto, sob pena de não se configurar o*



*peculato. Essa é a representação subjetiva que deve abranger e orientar a ação do sujeito ativo.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 6. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. Art. 312. fls. 1142 e 1143)*

Porém, em que pese a exigência do tipo penal previsto no artigo 312 do Código Penal, em relação à conduta da Requerente tudo o que consta na denúncia é o que segue transcrito abaixo:

*“Através da formalização da Ata de Registro de Preço nº 004/09, homologada pela Secretária de Educação, CLEUZA REPULHO, no ano de 2009, foi possível a subtração de dinheiro ou valor da administração pública.*

**Coube a CLEUZA a homologação da referida ata, mesmo diante de todas as irregularidades acima descritas”** (fl. 90 da denúncia).

Ou seja, a denúncia limita-se a afirmar que **Cleuza homologou uma ata de registro de preços**, sem sequer afirmar se a mesma tinha ciência das imaginadas irregularidades.

Conforme já exposto, ao acusar a Requerente da prática de crimes relacionados com a compra de tênis, a denúncia afirma que Cleusa **agiu com culpa**, pois teria sido **omissa em seu dever de vigilância** ao não fiscalizar a licitação.

Relembrando, seguem os trechos da denúncia que mencionam o alegado envolvimento da Requerente na aquisição de tênis:

**- denúncia de fraude à licitação (art. 90 – tênis):**

*“A denunciada CLEUZA, portanto, tinha o dever de fiscalizar – e nele omitiu-se gravemente -, na medida em que sabia de antemão que haveria algo de irregular nas licitações. Omitiu-se, desta feita, em sua obrigação de vigilância, eis que esta licitação foi primariamente fraudada. Sua omissão é penalmente relevante, eis que devia e podia agir para evitar a ocorrência do crime.”*





*de São Bernardo do Campo. CLEUZA é agente política há anos, tendo exercido a Secretaria de Educação de outro grande município no passado (Santo André). Ademais, CLEUZA foi a ordenadora da despesa e já havia sido instada por um munícipe sobre possível irregularidade envolvendo as empresas e a licitação, isto meses antes de setembro de 2009 (conforme carta de fl. 226, autos principais, volume 02).” (fls. 72 e 73 da denúncia)*

**- denúncia de modificação no curso da licitação (art. 92 – ténis):**

*“Os denunciados SYLVIO e OSVALDINA, como procuradores do município, tinham o dever legal de cuidado e proteção aos termos do edital e contrato, com obrigação de impedir o resultado.*

*Os denunciados SYLVIO e OSVALDINA não observaram fato óbvio constante dos autos do procedimento, qual seja, o pedido de alteração de CNPJ estava subscrito pelo denunciando MARCOS DIVINO RAMOS que sequer constava como representante de direito da empresa G8. Não se atentaram, ainda, para a possibilidade de evasão fiscal em prejuízo do Estado de São Paulo, o que será apurado em processo autônomo.” (fls. 79 e 80 da denúncia)*

*“Os denunciados SYLVIO e OSVALDINA deram causa ao resultado delituoso seja com as referidas ações ou omissões, sem as quais não teria ocorrido o benefício à empresa G8. E, ao assim procederem, concorreram para a prática criminosa com os demais denunciados, em especial, com a denunciado (SIC) CLEUZA REPULHO que também tinha as mesmas obrigações.” (fl. 80 da denúncia)*

**- denúncia de dispensa ilegal de licitação (art. 89 – ténis):**

*“Além disso, CLEUZA faltou com seu dever de vigilância, pois a pesquisa de preços levada a efeito por SÉRGIO MOREIRA não foi baseada em ampla pesquisa de mercado, mas sim em orçamentos das empresas pertencentes ao grupo criminoso em tela ou sem lastro, o que evidencia o dolo.” (fl. 83 da denúncia)*

*“A denunciada CLEUZA REPULHO, como já descrito na denúncia, tinha a obrigação legal de evitar o fato, mas o provocou e chancelou. Ainda, tinha ciência de que haveria irregularidade em relação a compra e a empresa G8 e mesmo assim prosseguiu com a renovação do contrato.” (fls. 83 e 84 da denúncia)*



*“Os denunciados SYLVIO e JOSÉ ROBERTO deram causa ao resultado delituoso seja com as referidas ações ou omissões, sem as quais não teria ocorrido a dispensa da licitação. E, ao assim procederem, concorreram na prática criminosa com os demais denunciados, em especial, com a denunciada CLEUZA REPULHO que também tinha as mesmas obrigações.” (fl. 88 da denúncia)*

Portanto, não apenas no tópico destinado ao crime de peculato, mas ao longo de toda a denúncia, **não há imputação de nenhuma conduta dolosa praticada pela Requerente.**

Nesta resposta à acusação **não se pretende discutir o mérito da acusação**, até mesmo porque a Defesa não teve acesso ao material probatório, mas apenas demonstrar que a denúncia, formalmente, não consegue imputar com sucesso nenhum crime contra a Requerente.

Porém, apenas a título de observação, é curioso notar que a materialidade do delito de peculato é construída com base em uma comparação, feita pelo próprio Ministério Público, entre preços de apenas dois municípios. O Brasil possui mais de **5500** (cinco mil e quinhentos) municípios e a denúncia compara o preço praticado entre apenas 2 (duas) cidades para concluir que houve peculato.

Em resumo, a denúncia afirma que a Requerente agiu com culpa no decorrer da licitação destinada à compra de tênis, uma vez que não fiscalizou as supostas irregularidades e, em sequência, acusa-a de peculato por ter homologado a ata de registro de preço. Ou seja, em nenhum momento a denúncia narra que Cleuza agiu com *“vontade livre e consciente de subtrair ou de concorrer para a subtração”* de dinheiro público. Assim, por não descrever conduta dolosa, a denúncia **narra fato atípico.**

Diante do exposto, considerando que a denúncia não narra



essencial para a configuração do crime previsto no art. 312, §1º, do Código Penal, requer-se a sua absolvição sumária com fundamento no art. 397, III, do Código de Processo Penal.

## 7. DA MANIFESTA ATIPICIDADE DO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA

A peça acusatória descreve a existência, no período compreendido entre os anos de 2009 e 2012, de uma suposta quadrilha na qual os denunciados, incluindo a Requerente, se associaram “*sob a forma de organização criminosa, para o fim de cometerem crimes diversos, sobretudo contra a Administração Pública*”. (fl. 06 da denúncia)

Inicialmente, cumpre observar que a denúncia aponta que os crimes praticados “*contra a Administração Pública*” teriam ocorrido entre os anos de 2009 e 2012. Todavia, todos os fatos narrados ao longo da inicial estão relacionados a **apenas dois certames licitatórios** ocorridos nos anos de 2009 e 2010. A denúncia não imputa a Requerente um único episódio que tenha sido praticado nos anos de 2011 e 2012.

Note-se que o *parquet* tenta dar uma aparência de durabilidade à suposta associação criminosa, sugerindo que as práticas delituosas perduram por quase quatro anos. Tal assertiva, entretanto, não está demonstrada na denúncia, uma vez que não são evidenciados e individualizados na referida peça os fatos que teriam se sucedido no decorrer desse período de tempo.

Por sua vez, quanto à suposta participação da Requerente como integrante da quadrilha, a denúncia que “*incumbia a MARCOS a função precípua de se compor com os agentes públicos CLEUZA*”



**REPULHO** e **SERGIO MOREIRA**, com o fim de obter a contratação das empresas controladas pelos denunciados, em detrimento da concorrência e da administração pública”. (fls. 08 e 09 da denúncia)

Após o estabelecimento dessa hipotética composição entre Marcos, particular, e a Requerente e Sérgio, funcionários públicos, sem a devida narrativa de como ela teria ocorrido, consta ainda na denúncia uma **citação em nota de rodapé de estratégias usadas por empresas participantes de cartéis em licitações**, as quais foram retiradas de um texto intitulado “Diretrizes para combater o **conluio entre concorrentes em contratações públicas**”, de autoria da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE):

*“Propostas Fictícias ou de Cobertura (“cover bidding”). As propostas fictícias, ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas, ou simbólicas) são a forma mais frequente de implementação dos esquemas de **conluio entre concorrentes**. Ocorre quando **indivíduos ou empresas combinam** submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos: (1) Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido, (2) Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou (3) Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador. As propostas fictícias são concebidas para dar a aparência de uma concorrência genuína entre os licitantes.*

*Supressão de propostas (“bid supression”). Os esquemas de supressão de propostas envolvem **acordos entre os concorrentes** nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceite. Fundamentalmente, a supressão de propostas implica que uma empresa não apresenta uma proposta para apreciação final.*

*Propostas Rotativas ou Rodízio (“bid rotation”). Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), **as empresas conspiradoras** continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora (i.e. a proposta de valor mais baixo). A forma como os acordos de propostas rotativas são implementados node*



*variar. Por exemplo, os conspiradores podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou atribuir a cada uma valores que correspondam ao seu respectivo tamanho.*

*Divisão do Mercado (“market allocation” ou “market division”). Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de potenciais clientes. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel.” (fl. 09 da denúncia – grifamos)*

Note-se que se trata de assunto totalmente **contraditório** com o panorama sugerido pela Acusação, tendo em vista que as táticas citadas no texto da OCDE estão relacionadas a fraudes decorrentes de **conluio entre particulares** em licitações, ou seja, de composições feitas **sigilosamente** entre os concorrentes com o objetivo de iludir os funcionários públicos responsáveis pelos procedimentos licitatórios.

O texto citado pela denúncia para sustentar a existência de quadrilha esta disponível no site da OCDE (<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>). Do seu inteiro teor extraem-se trechos que revelam que a denúncia, ao tentar estabelecer uma quadrilha entre empresários e agentes públicos, se baseia em situações nas quais os particulares atuam em licitações sem qualquer colaboração dos funcionários da Administração Pública:

*“A apresentação de propostas em conluio (ou a concertação de propostas) ocorre quando os proponentes, em vez de competirem, como seria de se esperar, conspiram secretamente para aumentar os preços ou baixar a qualidade dos bens e serviços para compradores que desejem adquirir produtos ou serviços por meio de concursos, licitações ou leilões. (...)”*



OLIVEIRA LIMA, HUNGRIA, DALL'ACQUA & FURRIER  
A D V O G A D O S

AREOBALDO ESPÍNOLA DE OLIVEIRA LIMA FILHO | JOSÉ LUIS OLIVEIRA LIMA  
JAQUELINE FURRIER | CAMILLA HUNGRIA | RODRIGO DALL'ACQUA  
GIOVANNA GAZDIA | ANA CAROLINA DE OLIVEIRA PIOVESANA  
CAMILA TORRES CESAR | FABIANA SCHEFER SABATINI | ANA CAROLINA MIRANDA  
VERÔNICA CARVALHO RAHAL | DANIEL KIGNEL

**Nestes casos, os responsáveis pelas aquisições públicas devem estar especialmente vigilantes. (...)**

*Deve ter-se em atenção que cartéis atuantes em contratações públicas **podem não ser evidentes** a partir dos resultados de um simples processo de contratação. **O esquema de conluio só é muitas vezes revelado após o exame dos resultados de diversos certames durante um determinado período de tempo.***

Citando texto em que fraudes licitatórias são praticadas sem qualquer ciência ou participação de funcionários públicos, a denúncia ainda menciona a Requerente e o codenunciado Sérgio Moreira ao apontar como função deles o direcionamento da licitação “*para a contratação das empresas de MARCOS DIVINO RAMOS, impondo barreiras artificiais aos eventuais concorrentes, facilitando, assim, as relações deste particular com a Administração Pública*” (fl. 12 da denúncia). Mais uma vez, faz-se uma acusação genérica sem a individualização e caracterização dos atos de direcionamento que teriam sido praticados por Cleuza.

Consta, ainda, quanto à presumida atuação criminosa da Requerente, que Cleuza, “*na qualidade de Secretária da Educação de São Bernardo do Campo foi quem ordenou e, por conseguinte, controlava o fato, tendo assinado e homologado as atas de registro de preço n° 003/09 e 004/09, que foram fraudadas*” (fl. 12 da denúncia). Ao final da narrativa, a inicial conclui que “*os denunciados agiram de forma organizada, hierarquizada, estruturada e se servindo de empresas. Atuaram em mais de um procedimento licitatório em conjunto e ao longo de anos, causando prejuízos à administração pública e prejudicando a concorrência*” (fl. 13 da denúncia).

De pronto se vislumbra a atipicidade da inicial em relação ao crime de quadrilha supostamente praticado pela Requerente, uma vez que os trechos acima transcritos **não descrevem qualquer conduta que contenha os elementos do tipo penal em questão**. Como é sabido, o crime de quadrilha, **por ser uma figura autônoma**, possui elementos próprios



necessários à sua configuração, sem os quais não se pode falar na sua ocorrência. São estes elementos a associação prévia dos agentes, com estabilidade e permanência, para o fim específico de cometer crimes<sup>14</sup>.

Sobre o delito de quadrilha, nos ensina Nelson Hungria, que “*associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se estável ou permanentemente, para consecução de um fim comum. À quadrilha ou bando pode ser dada a seguinte definição: reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes. (...) é preciso que o acordo verse sobre uma duradoura atuação em comum, no sentido da prática de crimes não precisamente individuados ou apenas ajustados quanto à espécie, que tanto pode ser uma única (ex.: roubos) ou plúrima (ex.: roubos, extorsões, homicídios). (...)”<sup>15</sup> (grifamos)*

Cezar Roberto Bitencourt registra que “*a formação de quadrilha ou bando exige, para a sua configuração, união estável e permanente de criminosos voltada para a prática indeterminada de vários crimes*”.<sup>16</sup>

Com outras palavras, Guilherme Nucci destaca que, para a configuração do crime de quadrilha, “*devem os integrantes do bando pretender realizar mais de um delito. Não fosse assim e tratar-se-ia de meto concurso de agentes*”.<sup>17</sup>

No presente caso, a denúncia não consegue nem mesmo esboçar uma narrativa que permita visualizar uma associação voltada para a prática de crimes indeterminados. Muito pelo contrário, a inicial alega que

<sup>14</sup> DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 569.

<sup>15</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. LX, 1ª ed., Forense: 1958, p. 177/178.

<sup>16</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Vol. 4, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 306

<sup>17</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*. Vol. 4, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 100



os denunciados se uniram para atuar em **apenas dois certames licitatórios, específicos e determinados**, que se desenvolveram em **curto período de**, limitado a poucos meses dos anos de 2009 e 2010. Ou seja, a denúncia não consegue narrar algo que possa ser tipificado no artigo 288 do Código Penal.

A inicial também não aponta a existência de qualquer **vínculo estável e permanente** entre a Requerente e os demais denunciados que pudesse demonstrar que ela teria se unido a eles para o fim de cometer crimes indeterminados.

Conforme já dito, ao inserir a Requerente numa suposta quadrilha, a denúncia limitou-se a afirmar genericamente que sua função era direcionar os certames licitatórios, não demonstrando como se “*compôs*” com os demais integrantes.

Deixou de narrar, portanto, elemento vital para configuração do crime de quadrilha, qual seja, a **existência de associação** entre Cleuza e os demais integrantes do imaginado grupo criminoso. Note-se que a denúncia não descreve nenhum vínculo entre a Requerente e os outros acusados.

Não narra telefonemas, reuniões, e-mails, remessas de dinheiro, nada. Absolutamente nenhum fato é descrito que possa ser admitido como vínculo associativo entre Cleuza e a tal quadrilha.

Está claro, portanto, pelos motivos acima expostos, que contra a Requerente a denúncia não descreveu condutas ou atos que pudessem, ao menos, sugerir o seu envolvimento em suposta quadrilha e, por consequência, uma vez mais, **narra fato atípico**.





Diante do exposto, considerando que a denúncia não narra os elementos essenciais para a configuração do crime previsto no art. 288 do Código Penal, requer-se a absolvição sumária da Requerente com fundamento no art. 397, III, do Código de Processo Penal.

## **8. DA PRODUÇÃO DE PROVA**

Na hipótese da manutenção desta ação penal, requer-se que as testemunhas abaixo listadas sejam inquiridas em caráter de imprescindibilidade, devendo ser regulamente intimadas por Oficial de Justiça e mediante expedição de carta precatória, quando residentes fora desta Comarca.

Ressalte-se que o rol de testemunhas é apresentado em caráter precário, pois, conforme exposto em preliminar, a Defesa não teve acesso a inúmeros elementos dos autos, protestando, após ter vista e ciência de todo o material probatório, pela reabertura do prazo para resposta à acusação.

Considerando que a denúncia imputa a prática de inúmeros crimes, apresenta-se mais do que oito testemunhas.

### Rol de testemunhas:

1. DANIEL TOJEIRA CARA, brasileiro, portador do CPF nº 270.937.678-42, RG nº 28.330.40. Rua Alves Guimarães, 882, apto. 83 - Pinheiros, CEP 05410-001 – São Paulo/SP

2. DENISE MARIA ALOI, brasileira, portadora do CPF nº 060.329.798-65, RG nº 10.693.097-7. Rua Odilon Braga, 309 - Vila Scarpelli, CEP 09040-420 – Santo André/SP



OLIVEIRA LIMA, HUNGRIA, DALL'ACQUA & FURRIER  
A D V O G A D O S

AREOBALDO ESPÍNOLA DE OLIVEIRA LIMA FILHO | JOSÉ LUIS OLIVEIRA LIMA  
JAQUELINE FURRIER | CAMILLA HUNGRIA | RODRIGO DALL'ACQUA  
GIOVANNA GAZOLA | ANA CAROLINA DE OLIVEIRA PIOVESANA  
CAMILA TORRES CESAR | FABIANA SCHEFER SABATINI | ANA CAROLINA MIRANDA  
VERÔNICA CARVALHO RAHAL | DANIEL KIGNEL

3. MARCIA NALÚ DA SILVA BOCATO, brasileira, portadora do CPF nº 028.623.058-55, RG nº 12.407.784. Rua Paschoal Gastaldo, nº 282 - Centro, CEP 09770-120 – São Bernardo do Campo/SP

4. MARIA HELENA NEGREIROS DE OLIVEIRA, brasileira, portadora do CPF nº 139.912.898-14, RG nº 22.216.128-0. Rua Barão Rio Branco, nº 350, apto. 54 - Santa Terezinha, CEP 09770-210 – São Bernardo do Campo/SP

5. MARIA DO PILAR LACERDA ALMEIDA E SILVA, brasileira, portadora do CPF nº 276.795.006-49. Rua São Carlos do Pinhal, 558, apto. 81 - Bela Vista, CEP 01333-000 – São Paulo/SP.

6. NILVA HELENA FERREIRA, brasileira, portadora do CPF nº 080.128.418-00, RG nº 17.542-777-X. Travessa João Rodrigues, 78, apto. 12 - Bela Vista, CEP 09041-070 – Santo André/SP

7. POLLYANA VILELA GODOI, brasileira, portadora do CPF nº 720.247.801-30, RG nº 2024203 SSP-DF. Avenida Getúlio Vargas, 421, apto. 26 - Baeta Neves, CEP 09751-250 – São Bernardo do Campo/SP

8. RAFAEL CUNHA E SILVA, brasileiro, solteiro, Psicólogo, portador do CPF nº 033.596.908-93, RG nº 24.412 SSP/RO. Rua Coronel Oscar Porto, 344, apto. 72 - Paraíso, CEP 04003-001 – São Paulo/SP

9. STELLA VIEIRA SWERTS CHICCH, brasileira, portadora do CPF nº 090.867.048-67, RG nº 9.152.021. Rua Monte Casseros, 104, apto. 74 - Centro, CEP 09015-020 – Santo André/SP



OLIVEIRA LIMA, HUNGRIA, DALL'ACQUA & FURRIER  
A D V O G A D O S

AREOBALDO ESPINOLA DE OLIVEIRA LIMA FILHO | JOSÉ LUIS OLIVEIRA LIMA  
JAQUELINE FURRIER | CAMILA HUNGRIA | RODRIGO DALL'ACQUA  
GIOVANNA GAZOLA | ANA CAROLINA DE OLIVEIRA PIOVESANA  
CAMILA TORRES CESAR | FABIANA SCHEFER SABATINI | ANA CAROLINA MIRANDA  
VERÔNICA CARVALHO RAHAL | DANIEL KIGNEL

## 9. DO PEDIDO

Diante do exposto, requer-se o acatamento das questões preliminares arguidas, bem como o reconhecimento da atipicidade dos fatos narrados na denúncia, ou, havendo entendimento diverso, a produção da prova testemunhal solicitada.

Termos em que,  
Pede deferimento.

De São Paulo para São Bernardo do Campo,  
em 23 de maio de 2014.

**RODRIGO DALL'ACQUA**

**OAB/SP 174.378**

**VERÔNICA CARVALHO RAHAL**

**OAB/SP 316.334**