

RECURSO ESPECIAL Nº 1.623.985 - SP (2016/0232734-9)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE : S V T
ADVOGADOS : ANDRE PIRES DE ANDRADE KEHDI - SP227579
RENATO STANZIOLA VIEIRA - SP189066
FERNANDO GARDINALI CAETANO DIAS E OUTRO(S) -
SP287488
RECORRENTE : H O DE C
ADVOGADO : CELSO SANCHEZ VILARDI E OUTRO(S) - SP120797
ADVOGADA : DOMITILA KOHLER - SP207669
RECORRENTE : E Y H
ADVOGADOS : DORA CAVALCANTI CORDANI - SP131054
RAFAEL TUCHERMAN - SP206184
ADVOGADOS : ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA - SP305106
DAVI SZUVARCFUTER VILLAR - SP337079
RECORRENTE : M G B
ADVOGADOS : MARCELO LEONARDO - MG025328
CLAUDIO JOSÉ ABBATEPAULO - SP130542
ADVOGADA : CAROLINA DE QUEIROZ FRANCO OLIVEIRA - SP259644
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSOS ESPECIAIS. FORMAÇÃO DE CARTEL E FRAUDE À LICITAÇÃO. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. ART. 4º, II, DA LEI 8.137/93. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DA CONCENTRAÇÃO DO PODER ECONÔMICO. AJUSTES PRÉVIOS COM O FIM DE FRAUDAR PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. FORMAÇÃO DE CARTEL AFASTADA. CRIME DO ART. 90 DA LEI 8.666/93. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS.

1. Recorrentes denunciados como incurso nos arts. 4º, II, *a*, *b* e *c*, da Lei 8.137/90 (formação de cartel) e 90, *caput*, da Lei 8.666/93 (fraude à licitação), em concurso formal.

2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, *ocorre o conflito aparente de normas quando há a incidência de mais de uma norma repressiva numa única conduta delituosa, sendo que tais normas possuem entre si relação de hierarquia ou dependência, de forma que somente uma é aplicável* (REsp 1376670/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 11/05/2017).

3. O delito do art. 4º, II, da Lei 8.137/90 exige a demonstração que os acordos, ajustes ou alianças entre os ofertantes tinham por objetivo domínio de mercado.

4. Não havendo descrição fática suficiente da concentração do poder econômico, ou de que os acordos teriam sido efetivamente implementados com domínio de

mercado, não há falar em formação de cartel, porquanto não demonstrada ofensa à livre concorrência. Demonstrado apenas que os ajustes se deram com o fim de fraudar o processo licitatório, subsiste apenas o crime do art. 90 da Lei de Licitações.

5. O delito do art. 90 da Lei 8.666/93 tem natureza formal, ocorrendo sua consumação mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, independentemente da obtenção da vantagem (adjudicação do objeto licitado para futura e eventual contratação). Precedentes do STF e do STJ.

6. Transcorrido lapso temporal superior a 8 anos entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, configura-se a perda da pretensão punitiva estatal quanto ao delito do art. 90 da Lei 8.666/93, porquanto os fatos são anteriores à Lei 12.234/2010.

7. Recursos especiais providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz dando parcial provimento aos recursos especiais, e os votos dos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior dando provimento aos recursos especiais, por maioria, dar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 17 de maio de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.623.985 - SP (2016/0232734-9)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE : S V T

ADVOGADOS : ANDRE PIRES DE ANDRADE KEHDI - SP227579
RENATO STANZIOLA VIEIRA - SP189066
FERNANDO GARDINALI CAETANO DIAS E OUTRO(S) -
SP287488

RECORRENTE : H O DE C

ADVOGADO : CELSO SANCHEZ VILARDI E OUTRO(S) - SP120797

ADVOGADA : DOMITILA KOHLER - SP207669

RECORRENTE : E Y H

ADVOGADOS : DORA CAVALCANTI CORDANI - SP131054
RAFAEL TUCHERMAN - SP206184

ADVOGADOS : ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA - SP305106
DAVI SZUVARCFUTER VILLAR - SP337079

RECORRENTE : M G B

ADVOGADOS : MARCELO LEONARDO - MG025328

CLAUDIO JOSÉ ABBATEPAULO - SP130542

ADVOGADA : CAROLINA DE QUEIROZ FRANCO OLIVEIRA - SP259644

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

Trata-se de recursos especiais interpostos em face de acórdão assim ementado:

REJEIÇÃO DA DENÚNCIA - Crimes de formação de cartel e fraude à licitação - MM. Juiz a quo que fundamentou sua decisão baseada na ocorrência no conflito aparente de normas e prescrição - Não verificação - Inicial que atende aos requisitos do art. 41 do CPP - Provas suficientes de materialidade e indícios de autoria por parte dos recorridos - Prosseguimento da ação penal. Decisão reformada. Recurso ministerial provido.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Os recursos especiais trazem as seguintes alegações:

RECURSO ESPECIAL DE S V T, interposto com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal (fls. 746/797):

a) contrariedade ao art. 619 do CPP, pois a rejeição dos embargos de declaração teria implicado negativa de prestação jurisdicional;

b) ofensa aos arts. 395, I, II e III, e 581, I, do CPP, e aos arts. 128 e 460 do CPC, *c/c* art. 3º do CPP, em razão da ocorrência de julgamento *extra petita*, porquanto o Tribunal *a quo* teria analisado questões que não teriam sido ventiladas no recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, quais sejam, presença de justa causa

Superior Tribunal de Justiça

para a persecução penal e aptidão da denúncia, nos termos do art. 41 do CPP;

c) negativa de vigência ao art. 4º, II, *a, b, c*, da Lei 8.137/90 e ao art. 90 da Lei 8.666/93, aduzindo existência de conflito aparente entre tais normas no caso concreto. Defendendo a incidência do princípio da especialidade, alega que deve prevalecer o crime licitatório (art. 90 da Lei 8.666/93), afastando-se o referente à formação de cartel;

d) violação do art. 90 da Lei 8.666/93, pois o delito previsto no mencionado dispositivo seria crime formal e instantâneo, não possuindo natureza permanente. Destarte, a consumação do crime ocorreria durante o procedimento licitatório, sendo impossível cogitar-se da reiteração da conduta depois de finda a licitação. Conclui, assim, ser o caso de se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, uma vez ultrapassado o prazo de 8 anos previsto no art. 109, IV, *c/c* art. 111, I, do CP.

RECURSO ESPECIAL DE E Y H, interposto com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal (fls. 1.259/1.292):

a) violação do art. 619 do CPP em decorrência da rejeição dos embargos de declaração;

b) violação do art. 14, cláusula 7, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 8º, item 4, do Pacto de São José da Costa Rica, sustentando conflito aparente de normas, a ser resolvido face ao princípio da especialidade. Argumenta que, tratando a denúncia de um único ajuste entre empresas com a finalidade de comprometer o caráter competitivo de um único certame, deve prevalecer o crime do art. 90 da Lei de Licitações, afastando-se o relativo à formação de cartel;

c) contrariedade aos arts. 107, IV, e 111, I, do CP, bem como ao art. 90 da Lei 8.666/90. Afirma que, tratando-se de crime formal e instantâneo, necessário reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, porquanto decorrido lapso superior a 8 anos entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia;

d) negativa de vigência dos arts. 13, 18, I e II, e 29, todos do CP, ao argumento de que a denúncia não cita ação ou omissão por meio da qual o recorrente tenha concorrido para a prática da suposta fraude licitatória, sendo, assim, responsabilizado por atos atribuídos a terceiros.

RECURSO ESPECIAL DE H O DE C, interposto com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal (fls. 1.294/1.352):

a) violação dos arts. 14, I, 109 e 111, I, do CP, bem como do art. 90 da Lei 8.666/90, sustentando a necessidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Acena com dissídio jurisprudencial relativamente ao momento de consumação do crime de fraude à licitação;

b) afronta ao art. 4º, II, *a, b, c*, da Lei 8.137/90, ao art. 90 da Lei 8.666/93 e aos arts. 69 e 70 do CP, aduzindo que *a tentativa de dupla apenação da denúncia*

Superior Tribunal de Justiça

configura inaceitável *bis in idem* (fl. 1.336), porquanto o *Parquet*, em razão de um único fato (o acordo que teria eliminado a competição na licitação para fornecimento de sistemas para a linha 02 do METRÔ) imputou ambos os delitos ao ora recorrente (fl. 1.336). Defende a aplicação do princípio da especialidade, de forma a prevalecer apenas o crime do art. 90 da Lei de Licitações, afastando-se a imputação pelo crime de formação de cartel;

RECURSO ESPECIAL DE M G B, interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal (fls. 1.377/1.397):

a) contrariedade ao art. 4º, II, da Lei 8.137/90 e ao art. 90 da Lei 8.666/93, aduzindo que a imputação simultânea por crimes de fraude à licitação e formação de cartel configuraria *bis in idem*;

b) contrariedade aos arts. 14, I, do CP e 4º, II, *a*, *b* e *c*, da Lei 8.137/90, ao fundamento de que os delitos imputados possuiriam natureza de crimes formais, instantâneos e de efeitos permanentes, sendo necessário o reconhecimento da prescrição.

Pretendem os recorrentes, assim, seja restabelecida a sentença de fls. 354/360, que rejeitou a denúncia oferecida pelo *Parquet*.

Contrarrazoados e admitidos na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.623.985 - SP (2016/0232734-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Extraí-se dos autos que os recorrentes foram denunciados em razão da prática dos crimes previstos no art. 4º, II, *a, b e c*, da Lei 8.137/90 (formação de cartel) e no art. 90, *caput*, da Lei 8.666/93 (fraude à licitação), em concurso formal.

O magistrado de primeiro grau recebeu a denúncia somente em relação ao delito previsto na Lei de Licitações, rejeitando a exordial relativamente ao crime de formação de cartel, e, ao final, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva, conforme os arts. 107, IV e 109, IV, ambos do CP.

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, pugnando pelo prosseguimento da ação penal em todos os seus termos, afastando-se a extinção da punibilidade.

Nesta sede, os recorrentes apresentam teses em comum - necessidade de incidência do princípio da especialidade face ao conflito aparente de normas, bem como prescrição da pretensão punitiva do delito do art. 90 da Lei 8.666/93, tendo em vista a sua natureza formal -, as quais serão analisadas conjuntamente.

A Corte *a quo* deu provimento ao recurso ministerial pelos seguintes fundamentos (fls. 678/686):

Respeitado o entendimento do nobre Magistrado, a meu ver, a denúncia ofertada pelo representante do Ministério Público deve ser recebida, eis que há no bojo dos autos justa causa suficiente para a persecução penal, quais sejam indícios mínimos de autoria, bem como de materialidade, pois conforme as provas, documentos e as evidências obtidas no PIC - Procedimento Investigatório Criminal nº 07/2013, instaurado no GEDEC, no dia 07/08/2013 e pelo histórico de conduta descrito no acordo de leniência celebrado perante o Conselho Administrativo de Atividades Econômicas - CADE - descreve supostamente que as empresas realizaram acordo anticompetitivo no procedimento licitatório nº 40015212/2005, da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô (2º Vol. - apenso II).

Para tanto, conforme se depreende do Acordo de Leniência nº 01/2013, as empresas, por meio de seus representantes legais, os ora denunciados, em tese, acordaram a formação de dois consórcios para participar da licitação, sendo que: um venceria o certame e o outro apresentaria uma proposta de cobertura, sendo, posteriormente, subcontratada, conforme se depreende do relatório do GEDEC, principalmente às fls. 262, de onde se extrai que, o acordo anticompetitivo obteve sucesso, uma vez que o consórcio, denominado "Linha Verde", formado pelas empresas Alstom e Siemens, obteve a vitória e, durante a

Superior Tribunal de Justiça

execução do contrato, subcontratou as empresas T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty, as empresas que saíram perdedoras (Apensos).

Desse modo, ao contrário do afirmado pelo Sentenciante, as empresas envolvidas formariam um cartel (crime contra a ordem econômica) e depois de formado e por meio dele, fraudariam licitação pública (crime contra a administração pública), nada impedindo que fossem imputadas ambas as condutas aos envolvidos, em concurso formal ou material.

Quanto ao crime de fraude à licitação, especificamente, verifica-se do relatório do GEDEC (Grupo Especial de Delitos Econômicos) que da análise do procedimento licitatório constatou-se alegado vazamento de informações da licitação do contrato supramencionado, a presença de cláusulas restritivas, concorrência no edital, atuação fática dos integrantes do cartel, por meio de mais de um consórcio e irregularidades no procedimento de subcontratação e, ainda, que as empresas Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty tiveram acesso privilegiado, indevido, ou seja, informações da aludida licitação, de forma a possibilitar a elas negociações de acordo anticompetitivo, antes mesmo da publicação do edital, havendo notícias de que, isso possa ter ocorrido até seis meses antes da referida licitação, contrariando os princípios da administração pública, tais como, impessoalidade, moralidade e igualdade entre os concorrentes (fls. 283).

Frise-se que, o relatório faz menção de que a Companhia do Metrô não realizou audiência pública, impossibilitando que eventuais interessados tivessem acesso sobre as informações pertinentes a licitação para que pudessem sobre ela, se manifestar.

Assim, as empresas vencedoras teriam tido acesso privilegiado do procedimento licitatório que ainda seria instaurado.

Ainda que a quantidade de consórcios fosse discricionária da administração pública, sabe-se que a fixação de um número mínimo ou máximo de empresas que os compõe, deve ser devidamente justificada, o que não foi cumprido pela Companhia do Metrô.

Há, nesse passo, indícios patentes de que houve ofensa frontal, também, aos princípios da publicidade e vinculação ao instrumento convocatório, sem falar que pelos documentos juntados no processo licitatório, segundo o relatório de investigação, demonstram que os participantes "privilegiados" "combinaram" os valores das propostas, estipulando uma principal e outra, de cobertura, visando impedir a concorrência e a redução do valor do contrato (apensos). Houve, portanto, manipulação nos valores dos contratos, tudo a beneficiar as empresas envolvidas, em prejuízo aos interesses públicos.

Houve, ao que tudo indica, subcontratações indevidas, na medida em que, elas são possíveis, excepcionalmente, desde que previstas em edital e no contrato (artigo 72 e 78, VI, da Lei nº 8.666/93). Tal medida visa, essencialmente, que, as empresas "derrotadas" não sejam as executoras do serviço licitado, como se constatou nos fatos aqui apurados, em que ocorreu a

Superior Tribunal de Justiça

subcontratação das empresas, em tese, "perdedoras", conforme se verifica às fls. 289, a exemplo de que as empresas Siemens e Alstom, atuando pelo Consórcio Linha Verde, subcontrataram as empresas PEM Engenharia S/A (Grupo TTrans), Belfourt Beauty, Façon Eletromecânica, entre outras.

Dessa maneira, há, portanto, nos autos, farta prova documental de que o Consórcio Linha Verde composto pela Alstom e Siemens subcontrataram, exatamente, quem eles derrotaram na licitação pública e integrantes de grupos a estes ligadas, evidenciando um possível acordo competitivo, manobra tida como ilegal, vez que todos usufruíram do objeto licitado.

Assim, constata-se que, as duas condutas criminosas acima demonstradas, somente teriam ocorrido, eis que houve um prévio acordo ou ajuste entre os concorrentes (integrantes do cartel), razão pela qual existe a possibilidade da imputação da prática de dois crimes distintos.

Frise-se, a existência de indícios, em tese, da ocorrência dos dois crimes, os quais decorreram das informações obtidas no procedimento licitatório referente ao contrato nº 40015212/2005 da "Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô", somadas a descrição das condutas anticompetitivas no acordo de leniência, bem como os documentos juntados aos autos e os termos dos depoimentos dos lenientes que comprovam, em tese, ocorrência dos crimes de formação de cartel e de fraude à licitação (2º Vol - apenso).

Desse modo, pouco importa como alega a douda defesa do recorrido Edson, de que, ele apenas teria supostamente participado da reunião, juntamente com representantes das outras empresas, para tratar de assuntos anteriores à conclusão da licitação, como assinatura do termo de desistência do recurso contra a decisão de habilitação e contra a decisão de desclassificação, alegando, portanto, não abrangido o período total da execução do contrato, eis que, a prática de referidos atos, não excluem supostamente sua responsabilidade criminal nos crimes ora imputados a ele, tendo em vista que com sua conduta teria ensejado o cometimento da prática delitativa, até porque com o ato de assinatura de desistência teria direcionado para o procedimento licitatório vencedor.

Ademais, sua participação, ou não nos contratos, quer seja na fase de tratativas, na formatação dos próprios contratos ou em suas execuções, ou mesmo em quantos contratos ele teria supostamente participado, é matéria que deve ser apurada ao longo da instrução, oportunidade em que a defesa do recorrido Edson, também poderá comprovar o quanto alegado e, não nesta fase.

Além disso, no tocante ao exame correto da capitulação jurídica dado aos fatos pelo membro do Ministério Público não pode ser feito de forma aprofundada no início da fase postulatória, na qual somente é permitido ao magistrado afastar a pretensão deduzida na exordial, a teor do art. 395, incisos do CPP.

Superior Tribunal de Justiça

No presente caso não foi cogitada a inépcia da denúncia e tampouco ausência dos pressupostos para o exercício da ação penal (art. 395 do CPP).

Desse modo, ressalta-se que houve cerceamento do direito de acusação do órgão Ministerial, ocasionado com o decisum prolatado pelo magistrado de piso.

Diante do quanto o explanado aqui, há evidências de fatos típicos e ilícitos, além da existência de indícios suficientes da ocorrência dos crimes e de autoria, outra não poderia ser a providência do magistrado, que não o recebimento da denúncia, uma vez que não se apresenta nítida qualquer excludente de tipicidade, ilicitude ou mesmo de culpabilidade, sendo que, a rejeição da denúncia ou seu recebimento parcial representaria certamente uma antecipação do juízo de mérito e o cerceamento do direito de acusação do Ministério Público.

Assim, a precipitação da r. decisão obstou a instauração da ação penal e regular apuração judicial dos relevantes fatos narrados na exordial, ocorrendo um verdadeiro julgamento antecipado de mérito, em flagrante violação ao princípio do due process of law, implicando cerceamento à atividade do Ministério Público, nos termos do art. 129, inciso I, do CF.

Além disso, no presente caso, ao examinar os elementos de convicção disponíveis no inquérito, não se pode falar que a denúncia não continha o mínimo embasamento probatório, ou seja, lastro probatório suficiente, apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte dos denunciados, o que desautorizaria a rejeição da denúncia por inépcia, pela falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (art. 395, incisos I, II e III, do CPP).

Há, portanto, justa causa para a propositura da ação penal, bem como seu prosseguimento a fim de apurar os fatos aqui narrados.

Com efeito, o MM. Juiz a quo rejeitou a denúncia, pois entendeu que o chamado "crime de cartel" teria sido absorvido em razão do princípio "lex specialis derogati generalis", pelo delito do artigo 90 da Lei 8.666/93 apreciando após sua prescrição.

No entanto, não agiu com acerto o MM. Juiz, neste tanto, eis que os documentos acostados aos autos pelo membro do Ministério Público demonstram que o contrato e seus respectivos aditamentos firmados entre o Metrô e as empresas da qual eram membros os denunciados estavam ainda vigentes até 21 de agosto de 2013.

Além disso, registre-se que a pena do delito de "formação de cartel" é maior em seu quantum máximo do que aquela prevista no crime do artigo 90 da Lei n° 8.666/93, de maneira que, se absorção houvesse vigeria a regra do majus absorbet minorem, remanescendo o delito mais grave.

E mais, absorvido um delito pelo outro, e havendo prescrição

Superior Tribunal de Justiça

no crime consumidor, evidentemente o delito consumido voltaria a ser autonomamente punível.

Com efeito, na decisão, o crime menos grave absorveu a conduta mais grave e, se aquele crime prescreveu, evidentemente este último deveria remanescer já que não poderia ser absorvido por crime prescrito.

Destarte, mesmo que se aceitasse a tese de absorção, a uma, o delito mais grave absorveria o menos grave. A duas, se assim não fosse, havendo prescrição e, portanto, extinção de punibilidade do delito menos grave, o mais grave sequer teria outro crime a lhe absorver, remanescendo íntegro, salvo, se por sua própria pena fosse também fulminada pela prescrição em decisão autônoma.

Além disso, considerando a existência de entendimento jurisprudencial de que o delito de fraude a licitação imputados aos réus é de natureza formal com efeito permanente era prematuro afirmar, sem aprofundamento da dilação probatória, que ele fosse alcançado pela prescrição, tampouco se verificou o conflito aparente de normas entre os crimes de formação de cartel e de fraude à licitação, uma vez que se trata de normas que tutelam bens jurídicos diferentes.

Assim, temos que impossível reconhecer-se a prescrição do alegado crime de cartel.

Como é sabido, destinando-se o mesmo a buscar contratos administrativos, na esmagadora maioria, são contratos de trato sucessivo com a administração, de modo que, enquanto tais contratos ativos estiverem vigentes, ainda, estarão, em tese, sendo perpetrados atos do mesmo "cartel", sendo dessa forma, crime de natureza permanente.

Para fins de recebimento da denúncia, dever-se-ia, portanto, estar demonstrado o final de tal conduta, vale dizer, que todos os atos, arquitetados ou abrangidos pelo cartel tivessem já cessado, exame este que sequer foi feito.

Frise-se mais uma vez que, os contratos de trato sucessivo, por si só, continuam gerando efeitos criminosos, quando assim são desde sua origem, posto que, além da "formação de cartel", existe de forma autônoma a prática de outros crimes, estes por vezes instantâneos de efeitos permanentes.

Neste particular, em relação aos possíveis crimes de fraude à licitação, aplicando-se o mesmo entendimento, a cada renovação contratual de qualquer título, ou a cada adimplemento 'parcial do mesmo típico dos contratos de trato sucessivo, novo prazo prescricional recomeça a ser contado.

Tal fato é notório em contrato moderno que ultrapassa décadas em sua validade, sendo impossível que se imagine prescrita a conduta criminosa, quando em exemplo, agentes do crime, continuam reiteradamente a se apoderar criminosamente de verbas do erário.

Aceitar-se tal entendimento, levaria a conclusão de que ultrapassado o primeiro lapso prescricional, ainda que por décadas

Superior Tribunal de Justiça

perdurasse o contrato, ainda em exemplo, o recebimento das verbas seria lícito, e pior, exigível da Administração, o que evidentemente não ocorre.

Em suma, no caso em tela, a decisão de piso não examinou a prescrição ou não do crime mais grave, dando-o por absorvido por crime menos grave, mesmo concluindo que este já prescrevera.

Feitas essas considerações, uma vez verificadas as condições da ação penal, e estando suficientemente narrados os fatos criminosos e demais circunstâncias, bem como preenchidos os requisitos contidos no art. 41 do CPP, impõe-se o prosseguimento do feito em primeiro grau.

Quanto à tese de necessidade de incidência do princípio da especialidade face ao conflito aparente de normas, os recorrentes alegam que deve prevalecer o crime do art. 90 da Lei 8.666/93, afastando-se o referente à formação de cartel (art. 4º, II, *a, b e c*, da Lei 8.137/90). Para tanto, aduzem que o *Parquet*, em razão de um único fato, teria imputado os dois crimes aos denunciados, o que teria configurado indevido *bis in idem*.

De acordo com a jurisprudência desta Corte, *ocorre o conflito aparente de normas quando há a incidência de mais de uma norma repressiva numa única conduta delituosa, sendo que tais normas possuem entre si relação de hierarquia ou dependência, de forma que somente uma é aplicável* (REsp 1376670/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 11/05/2017).

Outrossim, a denúncia, à luz do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, deve conter a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a definição da conduta do autor, sua qualificação ou esclarecimentos capazes de identificá-lo, bem como, quando necessário, o rol de testemunhas.

No caso, os recorrentes foram denunciados porque teriam fraudado o caráter competitivo do Procedimento Licitatório n. 40015212/2005 mediante ajustes ocorridos a partir do segundo semestre de 2004, nos quais teria sido acordada a formação de dois consórcios distintos para concorrer à execução do projeto, METRO/SP - Linha 2, sendo que, *Ambos seriam pré-qualificados, mas apenas um deles ganharia a licitação e o outro apresentaria proposta perdedora de cobertura, e, posteriormente, o consórcio vencedor subcontrataria as empresas do consórcio perdedor* (fl. 17), encontrando-se os fatos descritos às fls. 2/33, abaixo sintetizados:

Da análise dos autos referidos, torna-se conclusivo que as referidas empresas, pelos respectivos denunciados, nos documentos dos autos e dos respectivos apensos, em irrebatível análise econômica das evidências (economic analysis) da sistemática da licitação e das provas; a partir do mês de janeiro de 2005, ainda em vigência até 21 de agosto de 2013; adiante explicados, e em várias ocasiões em datas diversas, em locais

Superior Tribunal de Justiça

variados, nesta cidade de São Paulo; realizaram acordos, convênios, ajustes e alianças, como ofertantes, mediante fixação artificial de preços para fornecimento e instalação de sistemas para transporte sobre trilhos.

Previamente ajustados e com unidade de propósitos, os denunciados, agindo em nome e para vantagem das empresas que representavam, reuniam-se e/ou comunicavam-se por diversos meios, e dividiram entre eles o contrato administrativo n° 4001521201 da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, que deveria ser destinado a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, prejudicando o julgamento em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade e do julgamento objetivo. Os denunciados, entretanto, dele "assenhoraram-se", direcionando a licitação sabendo previamente quais empresas seriam as vencedoras. Através de acordos fraudulentos, estabeleceram e direcionaram os consórcios, vencedor/perdedor, este com proposta pro forma, dividiram o mercado e o preço final superfaturado, violando assim criminosamente as Leis naturais da economia, especialmente a da livre concorrência.

Nesse contexto, tendo a certeza e a consciência de serem, juntas, as empresas, dominadoras de considerável parcela do mercado; os denunciados fraudaram, mediante ajuste e combinação, o caráter competitivo do referido procedimento licitatório com o objetivo de obter, para suas respectivas empresas, as quais detinham poder decisório, vantagem financeira decorrente dos objetos da adjudicação do contrato firmados com o Poder Público - Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô (Crime contra a administração pública).

Formaram, assim, um Oligopólio em conluio - CARTEL DE TRENS E MATERIAIS FERROVIÁRIOS.

Os nomes dos denunciados constam nos termos das revelações do acordo de leniência e/ou são referidos pelos lenientes como participantes dos esquemas delituosos de formação de cartel e fraude à licitação. Suas atuações também decorrem da análise dos procedimentos licitatórios.

I. Síntese:

Processo Licitatório n° 40015212/2005 — Companhia do Metropolitano de São Paulo: Contrato para fornecimento e implantação de sistemas para o trecho Ana Rosa-Ipiranga e Sistemas Complementares para o trecho Ana Rosa-Vila Madalena da Linha 2 - Verde do Metrô de São Paulo.

Acordo: Empresas: Siemens, Alstom, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty formaram dois consórcios diferentes: Um ganharia a licitação e o outro, com proposta perdedora seria subcontratado.

Resultado: - Siemens e Alstom formaram o consórcio vencedor - T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty - o consórcio perdedor. Foram subcontratados pelo consórcio vencedor.

O acordo de leniência, celebrado perante o Conselho de

Superior Tribunal de Justiça

Atividades Econômicas -. CADE, descreve que as empresas Siemens, Alstom, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty realizaram acordo anticompetitivo no procedimento licitatório n° 40015212/2005, da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô.

Para tanto, as empresas acordaram a formação de dois consórcios para participar da licitação: um venceria o certame e o outro apresentaria uma proposta de cobertura, sendo, posteriormente, subcontratado.

O acordo anticompetitivo obteve sucesso: o consórcio formado Linha Verde, formado por Alstom e Siemens, sagrou-se vencedor e, durante a execução do contrato, subcontratou as empresas T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty.

II - O Procedimento Licitatório

O procedimento licitatório n° 40015212/2005, da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, foi instaurado para elaboração do projeto executivo, fornecimento e implantação de sistemas para o trecho Ana Rosa - Ipiranga e sistemas complementares para o trecho Ana Rosa - Vila Madalena da Linha 2 - Verde do Metrô de São Paulo.

Da análise do procedimento licitatório em conjunto com os ternos do acordo de leniência e demais documentos anexados aos autos, é conclusivo que há provas de prática dos crimes de cartel e fraude à presente licitação por integrantes das empresas Siemens, Alstom, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty, na forma exposta no acordo de leniência, em conluio com agentes públicos.

III - Dados relevantes sobre o procedimento licitatório:

[...]

Em que pese 33 (trinta e três) interessados terem retirado exemplares do edital, apenas dois consórcios apresentaram documentos de habilitação e propostas na sessão pública do dia 07 de março de 2005, realizada na sede da Gerência de Contratações e Compras da Companhia do Metrô:

[...]

Os documentos foram submetidos à análise das áreas jurídica, econômica/financeira e técnica do Metrô, sendo, após diligências solicitadas pela área jurídica, aprovados com fundamento nos respectivos pareceres.

Na sessão pública, realizada no dia 15 de março de 2005, a Comissão de Licitação e Julgamento - CLS, com base nos pareceres apresentados, declarou habilitados os consórcios Linha Verde e Linha Dois.

[...]

Mesmo com proposta acima do valor estimado, a Comissão de Licitação e Julgamento - CLS declarou vencedor o Consórcio Linha Verde, composto pelas empresas Alstom Brasil Ltda. e Siemens Ltda., conforme resultado publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo, edição do dia 02 de abril de 2005.

O Consórcio Linha Dois, por sua vez, renunciou

Superior Tribunal de Justiça

expressamente ao exercício do direito de interpor recurso administrativo contra a decisão de seleção da proposta do Consórcio Linha Verde, em manifestação subscrita por Massimo Andrea Giovina-Bianchi, presidente-integrante da T'Trans Sistemas de Transportes S/A, líder do consórcio.

A Diretoria do Metrô, em reunião realizada no dia 06 de abril de 2005, homologou o processo licitatório e adjudicou o objeto da licitação em favor do Consórcio Linha Verde.

A despesa foi prevista no valor de R\$ 143.622.513,04, data base 01 de março de 2005, e prazo de 33 (trinta e três) meses (até 14 de janeiro 2008).

O Consórcio Linha Verde e a Companhia do Metrô celebraram o contrato na 4001521201 no dia 15 de abril de 2005.

Feito isto, a Alstom Brasil Ltda. e a Siemens Ltda. constituíram formalmente o Consórcio Linha Verde, com fundamento nos artigos 278 e 279 da Lei 6.404/76, registrando-o perante a Junta Comercial de São Paulo, para execução do objeto licitado.

No dia 15 de maio de 2005, a Siemens Ltda. solicitou a subcontratação da empresa PEM Engenharia S/A, que mantinha relações comerciais com a T'Trans, para execução do item 3.1.4 do contrato, aprovado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo.

Passados 15 dias, a Alstom Brasil Ltda. também solicitou a subcontratação da empresa PEM Engenharia S/A, do grupo da T'Trans, agora para execução dos itens 2.1.4, 2.2 e 4 do contrato, deferido pela contratante.

A empresa Siemens, no dia 03 de junho de 2005, formulou pedido de subcontratação da empresa Belfour Beatty Rail Power Systems (Brasil) Ltda., destinado a execução dos itens 3.11, 3.3.2 e 3.3.5 do contrato, também aprovado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo.

Observe-se que, neste pedido, Ricardo Luiz Leonardo Leite, gerente de engenharia e projetos do Metrô, mencionou expressamente a realização de reunião com integrantes do Consórcio Linha Verde, representado por Francisco de Assiz Perroni, no qual negociaram a subcontratação da Belfour Beatty Rail Power Systems (Brasil) Ltda..

Sequencialmente, no dia 14 de junho de 2005, a Alstom Brasil Ltda. solicitou a subcontratação da empresa Façon Eletromecânica, Indústria, Comércio e Serviços Ltda., com objetivo de executar o item 3.2.4 do contrato, o que foi deferido.

No dia seguinte, 15 de junho de 2005, a Alstom Brasil Ltda. requereu a subcontratação das empresas Bombardier Transportation Brasil Ltda. e Façon Eletromecânica, Indústria, Comércio e Serviços Ltda. para execução, respectivamente, dos itens 1.2/1.4 e 1.4. do contrato, aprovados pela Companhia do Metropolitano de São Paulo.

O contrato n° 4001521201 foi objeto de 08 (oito) aditamentos, destinados, em linhas gerais, para reajuste de valores, exasperação de prazos

Superior Tribunal de Justiça

e alteração de outras cláusulas contratuais.

[...]

IV. Histórico e Resumo/Conduitas dos Fatos - Acordo de Leniência:

IV.1 - Histórico dos Fatos

Em 17 de setembro de 2004, houve outra reunião entre Alstom, Siemens, Bombardier, T'Trans e Balfour Beatty. As empresas supostamente discutiram a divisão do escopo do projeto e quais empresas fariam parte do consórcio vencedor e escolheram a "Solução 1", que estabelecia que o consórcio formado pela Alstom e Siemens seria o vencedor da licitação.

Em 15 de janeiro de 2005 foi disponibilizado edital às empresas interessadas no projeto para extensão da Linha 2.

Em 19 de fevereiro de 2005, o Tribunal de Contas do Estado de SP ordenou a suspensão do procedimento licitatório, sob justificativa de que fora apresentada impugnação do edital pela empresa Alusa Engenharia.

Em 3 de março de 2005 a Companhia do Metropolitano de São Paulo (CMSP) informou que o procedimento licitatório continuaria com base na última decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Em 7 de março de 2005 as propostas das empresas/consórcios concorrentes foram entregues, inclusive a proposta do Consórcio Linha Verde (Siemens e Alstom).

Em 10 de março de 2005, a decisão final do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo foi publicada, regando a impugnação da empresa Alusa.

Em 4 de abril de 2005 o contrato foi adjudicado ao Consórcio Linha Verde (formado pela Siemens e Alstom).

Em 5 de abril de 2005, a Alstom e a Siemens assinaram o acordo de consórcio para o projeto de extensão da Linha 2.

Em 15 de abril de 2005, o contrato entre o Consórcio Linha Verde e o cliente CMSP foi assinado.

O Consórcio Linha Verde recebeu o contrato, e depois subcontratou a Bombardier e a Façon (somente em decorrência dos serviços oferecidos por essa empresa e não devido a acordo ilícito entre concorrentes), a T'Trans e a Balfour Beatty. A "Solução 1" foi, portanto, a implementada em plano de prática de Cartel.

IV.2 — Resumo/Conduitas dos Fatos

No segundo semestre de 2004 ocorreu uma reunião entre as empresas Siemens, Bombardier, Alstom, Balfour Beatty e T'Trans com o objetivo de planejar a divisão do escopo do projeto Metrô São Paulo Linha 2. Compareceram a esta reunião Everton Rheinheimer - diretor de transportes da Siemens; Paulo Borges - Diretor da Divisão de Transportes da Alstom; Serge Van Themsche - Presidente da Bombardier; Haroldo Oliveira de Carvalho - da Balfour Beatty e Edson Yassuo Hira - Gerente de propostas da T'Trans.

Foi estabelecido acordo anticoncorrencial no sentido de que

Superior Tribunal de Justiça

seriam formados dois consórcios diferentes para o projeto. Ambos seriam pré-qualificados, sendo que um deles ganharia a licitação e o outro apresentaria proposta perdedora de cobertura. Posteriormente, o consórcio vencedor subcontrataria as empresas do consórcio perdedor.

Para atingir o objetivo, os participantes realizaram uma detalhada análise dos atestados técnicos detidos por cada empresa e analisaram as possibilidades de formação dos consórcios considerando que as disposições do edital continham exigências muito específicas e as empresas temiam que a licitação pudesse ser frustrada por ausência de competição caso apenas um dos dois consórcios fosse pré-qualificado.

As empresas interessadas na licitação fizeram uma análise cuidadosa dos atestados técnicos detidos por cada uma delas, para montar os dois consórcios participantes da licitação.

[...]

Há nos autos, em apenso, documentos (provas diretas) que também demonstram a realização dos acordos em Cartel.

Documento fornecido pela leniente Siemens - "Subcontrato de prestação de fornecimento e de serviços - minuta"; demonstra Balfour Beatty subcontratada pela Siemens, sendo a Alstom anuente.

Documento fornecido pela leniente Siemens - "Subcontrato de prestação de fornecimento de serviços - minuta"; demonstra a PEM Engenharia S.A. subcontratada pela Alstom, sendo a Siemens anuente.

Documento fornecido pela leniente Siemens - "E-mails referindo a efetiva contratação da Balfour Beatty como subcontratada da Siemens". (1610212007 e 2110212007).

Em 4 de abril de 2005 o contrato foi adjudicado ao Consórcio Linha Verde (formado pela Siemens e Alstom). Este consórcio Linha Verde então recebeu o contrato, e depois subcontratou a Bombardier e a Façon (somente em decorrência dos serviços oferecidos por essa empresa e não devido a acordo ilícito entre concorrentes), a T'Trans e a Balfour Beatty. Uma das soluções previstas, a "Solução 1" foi a implementada em plano de prática de Cartel.

V - Análise jurídica do procedimento licitatório

As informações do procedimento licitatório nº 40015212/2005 da Companhia do Metropolitano de São Paulo — Metrô, somadas à descrição das condutas anticompetitivas no acordo de leniência, bem como os documentos juntados aos autos e os termos dos depoimentos dos lenientes comprovam os crimes de formação de cartel e de fraude à licitação praticados pelos integrantes das empresas Alstom Brasil Ltda., Siemens Ltda., T'Trans Sistemas de Transportes S/A, Bombardier. Transportation Brasil Ltda. e Balfour Beatty Rail Power Systems (Brazil) Ltda., possivelmente em concurso com agentes públicos.

Da análise do procedimento licitatório, constatou-se que ocorreu vazamento de informações da licitação, a inserção de aspectos com cláusulas restritivas à concorrência no edital e atuação fática das integrantes

Superior Tribunal de Justiça

do cartel por meio de mais de um consócio e irregularidades no procedimento de subcontratação.

Inicialmente, a análise do acordo de leniência e do procedimento licitatório revelou que empresas Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty tiveram acesso privilegiado e indevido a informações sobre a licitação, possibilitando que iniciassem as negociações do acordo anticompetitivo antes mesmo da publicação do edital, em detrimento dos princípios da impessoalidade e igualdade entre os concorrentes.

A abertura do processo administrativo licitatório foi aprovada no dia 12 de janeiro de 2005 pela Diretoria Plena do Metrô, a publicação do edital ocorreu no dia 15 de Janeiro de 2005 e os exemplares do edital foram disponibilizados para consulta e/ou aquisição no período de 19 de janeiro de 2005 a 18 de fevereiro de 2005.

No entanto, as informações prestadas no acordo de leniência revelaram que os integrantes das empresas Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty, já no início do segundo semestre de 2004, iniciaram tratativas, em reuniões, para divisão ilícita do Projeto Linha 2 do Metrô de São Paulo.

Observe-se que as informações obtidas por integrantes do cartel não se configuram por mera notícia genérica, comumente veiculada no respectivo ramo comercial, de que a Companhia do Metrô iria licitar a extensão da Linha 2 do Metrô.

O relato e documentos mencionados demonstram que representantes das empresas cartelizadas de fato tiveram acesso a informações pormenorizadas sobre procedimento licitatório, a ponto de combinarem previamente valores e analisarem documentos que seriam exigidos na fase de habilitação.

A tabela interna da Siemens, datada de 20 de julho de 2004, demonstrou que as empresas cartelizadas, antes da publicação do edital, já haviam estipulado valores que seriam ofertados na licitação.

Se não bastasse, as empresas Alstom, Siemens, Bombardier, T'Trans e Balfour Beatty, em reunião ocorrida no dia 17 de setembro de 2004 decidiram a composição dos dois consórcios que seriam formados, com base na análise minuciosa dos respectivos atestados técnicos, para que atendessem aos requisitos de qualificação exigidos na licitação, cujo edital sequer havia sido publicado.

Tudo isso revela que os representantes das empresas cartelizadas tiveram acesso a informações sensíveis sobre a licitação cerca de 06 (seis) meses antes da publicação do respectivo edital, período que os dados do procedimento licitatório deveriam ter sido mantidos sob sigilo no âmbito da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô.

Foi exatamente neste período, anterior à publicação do edital da licitação, que as empresas integrantes do cartel traçaram a estratégia

Superior Tribunal de Justiça

para que não houvesse concorrência entre elas e impedissem a presença de empresas 'Não alinhadas' no certame.

O acesso indevido às informações da licitação, além de causar desequilíbrio entre os concorrentes, favoreceu a celebração do acordo anticompetitivo entre as empresas Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty.

[...].

Dentre as disposições legais e contratuais, relevante observar com atenção os dispositivos que disciplinaram a participação de consórcios na licitação e a subcontratação de outras empresas durante a execução do objeto do contrato.

A Companhia do Metropolitano de São Paulo admitiu expressamente a participação de consórcios na licitação, com fundamento no artigo 33 da Lei 8.666/93, porém restringiu sua composição por, no máximo, 03 (três) empresas:

[...]

Na licitação ora analisada, a lesividade do acordo anticompetitivo é ainda mais evidente, posto que apenas dois consórcios participaram do certame, exatamente o Consórcio Linha Verde e o Consórcio Linha Dois, o que fez que a chance de vitória das empresas cartelizadas fosse absoluto.

O acordo ilícito é confirmado pela conduta dos integrantes do Consórcio Linha Verde e do Consórcio Linha Dois, cujos representantes, cientes da ausência de empresas não alinhadas ao cartel na disputa, abriram mão da interposição do exercício do direito de recurso contra as decisões de habilitação e de julgamento das propostas, atitude incomum em licitações vultuosas e com requisitos bastante específicos de participação (Jurídicos, econômicos/financeiros e técnicos).

[...]

Os documentos acostados ao procedimento licitatório, especialmente as atas das sessões públicas de julgamento, confirmam essa conduta anticompetitiva e voltada à exasperação arbitrária dos valores do contrato, em prejuízo do erário.

[...]

Assim, o procedimento licitatório prova a manobra anticompetitiva realizada por Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty, sendo que todas as empresas concorrentes na licitação, ao final, usufruíram do objeto licitado.

A Alstom e a Siemens, enquanto integrantes do Consórcio Linha Verde, venceram a concorrência e subcontrataram as derrotadas PEM (que mantinha relações com a T'Trans), Bombardier e Balfour Beatty, como contrapartida da ausência de concorrência efetiva no procedimento licitatório.

Diante desse quadro, a prática dos crimes de formação de cartel

Superior Tribunal de Justiça

e fraude a licitação, noticiados no acordo de leniência nº 01/2013 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, foram confirmados no procedimento licitatório nº 40015212/2005, do Metrô, praticados, em tese, pelos integrantes das empresas Alstom Brasil Ltda., Siemens Ltda., T'Trans Sistemas de Transportes S/A., Bombardier Transportation Brasil Ltda. e Balfour Beatty Rail Power Systems (Brazil) Ltda.

VI - Conclusão Diante desse quadro, concluiu-se que há indícios graves, precisos e concordantes da prática dos crimes previstos nos artigos 90 da Lei 8.666/93, e no artigo 4º da Lei 8137/90, por integrantes das empresas Alstom Brasil Ltda., Siemens Ltda., T'Trans • Sistemas de Transportes S/A., Bombardier Transportation Brasil Ltda. e Balfour Beatty Rail Power Systems (Brasil) Ltda.

Assim é que, conluiadas, estas empresas, por intermédio dos seus representantes denunciados, fraudaram o procedimento licitatório e estabeleceram regras próprias do cartel. Reuniam-se e/ou comunicavam-se de forma a fixar os valores, apresentar proposta pro forma e de modo que a Empresa/Consórcio que deveria vencer, violando assim criminosamente as Leis naturais da economia, especialmente a da livre concorrência. Os denunciados, com suas condutas, fraudaram o Procedimento Licitatório número 40015212/2005, da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô; que se destinavam a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, prejudicando o julgamento em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade e do julgamento objetivo.

Em face do exposto, **considerando** que em um mercado concorrencial honesto os agentes econômicos não têm aptidão de, individualmente, influenciar as regras de oferta/procura e livre concorrência; que os denunciados, através da utilização dos respectivos cargos e designações nas empresas buscaram a fixação artificial de preços, a apresentação de propostas pro forma e divisão dos objetos dos referidos contratos, com a maximização de seus lucros, e valendo-se de ações concertadas dividiram-no entre si as licitações em sistemas de "direcionamentos" das concorrências mediante price fixing, bid-rigging e market-share, utilizando também de Consórcios fraudulentos para empresas previamente eleitas pelo grupo, que artificialmente criam distorções ao bom funcionamento desse mercado, DENUNCIO - OS como incursos nas penas do artigo 4, II "a", "b" e "c" da Lei nº 8.137/90 (crime contra a ordem econômica); e também como incursos nas penas do artigo 90 "caput" da Lei nº 8.666/93 (crime contra a administração pública); c.c. artigo 70 "caput" do Código Penal, para que sejam citados e processados nos termos da Lei - rito do Código de Processo Penal, até final condenação, ouvindo-se oportunamente as pessoas abaixo arroladas.

A seguir, os fundamentos utilizados pelo magistrado de primeiro grau, no

Superior Tribunal de Justiça

ponto (fls. 356/360):

Em apertada síntese, importante consignar que aos réus é imputado o cometimento de crimes conhecidos por formação de cartel (artigo 4º, inciso II, letras "a", "b" e "c", da Lei nº 8.137/90) e fraude à licitação (artigo 90, "caput", da Lei nº 8.666/93), pois, pelo que se depreende da peça inaugural eles, na qualidade de representantes das empresas "Alstom", "Bombardier", "Balfour Beatty Reail Power Systems Brasil Ltda", "TTrans", juntamente com a empresa "Siemens", teriam se reunido para o fim de fraudarem a licitação para implantação de sistemas de metrô para os trechos Ana Rosa-Ipiranga e Ana Rosa-Vila Madalena da linha 2.

Para tanto, diz a denúncia, as empresas formaram dois consórcios, acordando que, o vencedor do certame subcontrataria o perdedor e, assim agindo, repita-se, os réus, através de suas empresas, teriam formado cartel para fraudarem o processo licitatório nº 40015212/2005.

Deste modo, diante da forma como os fatos foram apresentados pelo ilustre Promotor de Justiça, eles tipificam, tão somente, o crime de fraude à licitação que prevê, dentre outras formas, o prévio ajuste ou combinação entre os concorrentes.

O artigo 4º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, do qual se extraia definição de cartel, informa que "constitui crime contra ordem econômica...formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando...".

Já artigo 90, "caput", da Lei nº 8.666/93, prevê como crime a ação consistente em "frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação".

Percebe-se, pois, que as duas condutas criminosas somente ocorrem quando há prévio acordo ou ajuste entre os concorrentes, donde se depreende, então, que a mesma conduta não pode tipificar dois crimes distintos, no caso das leis 8.137/90 e 8.666/93, ocorrendo, no caso, o que a doutrina chama por "conflito aparente de normas".

Assim, impõe-se definir qual tipo penal deve prevalecer e, para tanto, aplica-se o princípio da especialidade.

Fernando de Almeida Pedroso, lecionando sobre a questão, ensina que "há relação de especialidade entre tipos legais delitivos sempre que um deles, comparado com outro, contiver os mesmos elementos descritivos e circunstâncias essenciais, com a adição, porém, de outros caracteres, chamados elementos especializantes. Estabelece-se, de tal arte, a correlação entre tipo geral e tipo especial, envergando este todas as características daqueles, contudo com acréscimos especiais. O tipo especial, por conseguinte, preenche integralmente o tipo geral, com a exigência, porém, de outras particularidades necessárias à configuração jurídica do crime. Assim, quem perpetra o tipo especial incide também no tipo geral.

Superior Tribunal de Justiça

Nessa conjuntura, para que se entrave e oblitere o bis in idem, o tipo especial há de prevalecer e predominar sobre o geral, afastando a sua incidência para o caso. 'Lex specialis derogat legi generali'. O tipo especial pode representar um minus ou um plus diante do tipo geral, conforme estampe maior ou menor gravidade em cotejo..." (in "Doutrina Essenciais - Direito Penal", volume II, Revista dos Tribunais, Edições especiais, 100 anos, pág. 668).

O sempre atual Néelson Hungria também discorreu sobre o "conflito aparente de normas", informando que "o direito penal não constituiria um sistema ou deixaria de ser uma unidade co-ordenada e harmônica, se as suas normas pudessem entrar em efetivo conflito. Não é admissível que duas ou mais leis penais ou dois ou mais dispositivos da mesma lei penal se disputem, com igual autoridade, exclusiva aplicação ao mesmo fato. Para evitar a perplexidade ou a intolerável solução pelo bis in idem, o direito penal (como o direito em geral), dispõe de regras, explícitas ou implícitas, que previnem a possibilidade de competição em seu seio... Uma norma penal se considera especial em relação a outra (geral) quando, referindo-se ambas ao mesmo fato, a primeira, entretanto, tem em conta uma particular condição (objetiva ou subjetiva) e apresenta, por isso mesmo, um plus ou um minus de severidade. Desde que se realize tal condição (elemento especializante), fica excluída a aplicação da normal geral. O typus specialis substitui-se ao typus generalis. Assim, os tipos qualificados ou privilegiados afastam os tipos fundamentais..." (in Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo Iº, pág. 129).

No mesmo sentido segue a jurisprudência de nossos Tribunais, para quem "na hipótese em que um a única conduta é tipificada como crime por duas leis, a regra especial afasta a incidência da regra geral, segundo o princípio da especialidade, que se situa no campo do conflito aparente de princípios da especialidade, que se situa no campo do conflito aparente de normas" (RSTJ 126/409).

Em sendo assim, percebe-se que eventual "cartel" formado com vistas a fraudar processo licitatório está inserido na ilícita conduta de fraudar a licitação, de modo que, pelo princípio da especialidade, somente este último deve prevalecer.

Então, afastado o "crime de cartel", pois, repita-se, formar acordo, convênio, ajuste ou aliança são comportamentos que, no caso sub judice, tipificam o crime do artigo 90, da Lei nº 8.666/93, cumpre agora analisar esse delito para, então, apreciar possível ocorrência da prescrição.

O crime do art. 4º, II, da Lei 8.137/90, vem assim definido:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

[...]

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou

Superior Tribunal de Justiça

produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Já o art. 90 da Lei 8.666/93 descreve:

Art. 90 - Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

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

O art. 4º, II, *a, b e c*, da Lei 8.137/90 constitui crime contra a ordem econômica, onde a conduta objetiva é de formar acordo, convênio, ajuste, aliança entre ofertantes visando a fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas, ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas, ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Exige-se então a demonstração de que os acordos, ajustes ou alianças entre os ofertantes tinham por objetivo o domínio de mercado, assim caracterizado por *uma posição de força econômica de que goza uma empresa, que lhe permite impedir a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado relevante, ao permitir-lhe, em medida considerável, comportar-se de forma independente em relação aos seus concorrentes, clientes e consumidores* (Tutela Penal da Ordem Econômica: O Crime de Formação de Cartel. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180).

No caso, as tratativas descritas na denúncia referiam-se apenas a uma licitação (n. 40015212/2005), em que teria sido acordada a formação de dois consórcios para execução da Linha 2 do METRO/SP, sendo que, *Ambos seriam pré-qualificados, mas apenas um deles ganharia a licitação e o outro apresentaria proposta perdedora de cobertura, e, posteriormente, o consórcio vencedor subcontrataria as empresas do consórcio perdedor* (fl. 17)

Dessa forma, as condutas tidas por anticompetitivas referiam-se exclusivamente a um procedimento licitatório, sendo certo que, pela descrição da denúncia, não se pode inferir que os acordos narrados configurariam, no limite descrito, domínio de mercado, apto a subsumir no delito do art. 4º, II, *a, b e c*, da Lei 8.137/90.

Assim, sendo insuficiente a descrição fática de que os acordos caracterizariam a concentração do poder econômico e de que os ajustes teriam sido efetivamente

implementados com domínio de mercado, não há falar em formação de cartel, porquanto não demonstrada ofensa à livre concorrência. Na medida em que, na lição de Rodolfo Tigre Maia, *considerada em si mesma, a conduta de efetivação de ajustes e de acordos entre empresas não caracteriza qualquer ilicitude, desde que seu próprio escopo ou as atividades práticas deles decorrentes, imediata ou mediamente, não desbordem de qualquer modo para o abuso do poder econômico, na medida em que resultem no domínio do mercado ou na restrição à competição no mesmo* (Tutela Penal da Ordem Econômica: O Crime de Formação de Cartel. São Paulo: Malheiros, 2008, p 162).

Ademais, ao que se tem dos fatos descritos na exordial, os ajustes ocorridos a partir do segundo semestre de 2004, tendentes à formação de mencionados consórcios, se deram unicamente com o fim de fraudar o processo licitatório em questão, subsistindo apenas o crime do art. 90 da Lei de Licitações.

Ilustrativamente, destaco:

HABEAS CORPUS. PECULATO-DESVIO. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. CONCURSO MATERIAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. BIS IN IDEM. CONFIGURAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O delito de inserção de dados falsos em sistema de informações, descrito no artigo 313-A do Código Penal, é especial ao crime de peculato delineado no artigo 312 do Estatuto Repressor.

2. Na hipótese, a vantagem indevida auferida em detrimento da administração pública (objeto de tutela do crime de peculato) foi alcançada por meio de um especial modo de agir, consistente na inserção de informações falsas nos sistemas informatizados ou banco de dados da municipalidade.

3. Tal circunstância evidencia a ocorrência de apenas uma lesão ao bem jurídico tutelado, sendo imperioso, diante do concurso aparente de normas penais aplicáveis, o afastamento da condenação referente ao crime de peculato-desvio, já que o delito descrito no artigo 313-A do Código Penal disciplina, na íntegra, os fatos praticados pelo paciente, remediando-se, por conseguinte, o bis in idem repudiado pelo ordenamento jurídico pátrio.

[...]

2. Ordem concedida para anular a condenação do paciente com relação ao delito descrito no artigo 312, caput, do Código Penal, deferindo-se a substituição da pena privativa de liberdade remanescente por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

(HC 213.179/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 03/05/2012)

Destarte, tenho por correto o entendimento do magistrado de primeiro grau,

Superior Tribunal de Justiça

que, afastando o crime do art. 4º, II, da Lei 8.137/90, consignou que os ajustes ocorridos configuraram o próprio crime licitatório, devendo apenas este último prevalecer.

No que se refere à prescrição da pretensão punitiva relativa ao delito do art. 90 da Lei n. 8.666/93, assiste razão aos recorrentes.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que *o delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993 é formal, cuja consumação dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, cujo intuito de obter vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto, de modo que a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório* (HC n. 116.680/DF, 2ª Turma, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, publicado no DJe de 13/2/2014).

No mesmo sentido, destaco os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO MEDIANTE PRÉVIO AJUSTE (LEI N. 8.666/1993, ART. 90). INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. INEXISTÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO EVIDENCIADA. LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO PARA ADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

4. *O crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente finalidade específica (elemento subjetivo do tipo) de obter vantagem decorrente do objeto de adjudicação, para si ou para outrem. Despicienda, pois, a efetiva obtenção da vantagem com a adjudicação do objeto licitado para futura e eventual contratação.*

[...]

9. *Recurso desprovido* (RHC 52.731/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 09/11/2015).

HABEAS CORPUS. CRIMES COMETIDOS EM LICITAÇÕES. ADITAMENTO. FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. EXCLUSÃO DE CRIME DE RESPONSABILIDADE. FATOS INCÓLUMES COMO FENÔMENOS DA REALIDADE. QUEBRA DO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. PREJUÍZO ECONÔMICO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE.

Superior Tribunal de Justiça

1. *Oferecida a denúncia e havendo posterior aditamento a ela, eventual exclusão de determinado crime descrito inicialmente, antes do aditamento, não significa que devam ser desconsiderados todos os fatos narrados na peça acusatória que lhe diziam respeito, haja vista permanecerem incólumes como fenômenos da realidade. Tanto é que, em regra, o acusado se defende da descrição fática, e não da capitulação jurídica contida na denúncia.*

2. *O objeto jurídico que se objetiva tutelar com o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é a lisura das licitações e dos contratos com a Administração, notadamente a conduta ética e o respeito que devem pautar o administrador em relação às pessoas que pretendem contratar com a Administração, participando de procedimento licitatório livre de vícios que prejudiquem a igualdade, aqui entendida sob o viés da moralidade e da isonomia administrativas.*

3. *Trata-se de crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitiva se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório.*

4. *Habeas corpus não conhecido.*

(HC 352.984/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 08/09/2016)

Conforme já adiantado, segundo consta da denúncia, os recorrentes teriam fraudado o caráter competitivo do Procedimento Licitatório n. 40015212/2005 mediante ajustes ocorridos durante o segundo semestre de 2004, nos quais teria sido acordada a formação de dois consórcios distintos para concorrer à execução do projeto METRO/SP - Linha 2, sendo que, *Ambos seriam pré-qualificados*, mas apenas um deles ganharia a licitação e o outro apresentaria proposta perdedora de cobertura, e, posteriormente, *o consórcio vencedor subcontrataria as empresas do consórcio perdedor* (fl. 17).

Deste modo, em se considerando a natureza formal do crime do art. 90 da Lei n. 8.666/93, e tendo em vista que o recebimento da denúncia, por este crime, se deu em 7/4/2014 (sentença, fl. 360), conclui-se que os recorrentes são processados por fatos ocorridos há mais de 8 anos do recebimento da exordial pelo Juízo de 1º Grau.

Imperioso, destarte, restabelecer a decisão de primeiro grau, que, ao rejeitar a denúncia e declarar extinta a punibilidade dos recorrentes, assim consignou (fl. 359):

Neste particular, diversamente do que afirmado pelo ilustre Promotor de Justiça, o crime de fraude à licitação, segundo entendimento do Plenário do Colégio Supremo Tribunal Federal "...é formal, cuja consumação

Superior Tribunal de Justiça

dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, com o intuito de obter vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto, de modo que a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório..." (HC 116680/DF - Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 18/12/2013).

Assim, face o proclamado pelo plenário da suprema corte, tem-se que o crime imputado aos denunciados se consumou em janeiro de 2005, isto é, quando os representantes das empresas teriam, segundo a denúncia, feito "acordos, convênios, ajustes e alianças, como ofertantes, mediante fixação artificial de preços para fornecimento e instalação de sistemas para transporte sobre trilhos", iniciando-se, pois, o curso do prazo prescricional, consoante dispõe o artigo 111, inciso I, do Código Penal.

Por outro lado, conforme prescreve o artigo 109, inciso IV, do Código Penal, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, se verificando, quanto ao crime do artigo 90, da Lei nº 8.666/93 (cuja pena máxima é de 4 anos) em 8 anos.

Como, então, entre a data do fato (janeiro de 2005) e hoje decorreu prazo superior ao estabelecido em lei (8 anos), inevitável, data venia, reconhecer-se a extinção da punibilidade dos réus pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Prejudicadas as demais alegações.

Ante o exposto, dou provimento aos recursos especiais para restabelecer a decisão de fls. 354/360.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2016/0232734-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.623.985 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0021 0026497132014 00264971320148260050 20140000715541 20150000576603
20150000843106 21 264871320148260050 47814 RI002EIZG1XGD

PAUTA: 10/04/2018

JULGADO: 10/04/2018
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : S V T
ADVOGADOS : ANDRE PIRES DE ANDRADE KEHDI - SP227579
RENATO STANZIOLA VIEIRA - SP189066
FERNANDO GARDINALI CAETANO DIAS E OUTRO(S) - SP287488
RECORRENTE : H O DE C
ADVOGADO : CELSO SANCHEZ VILARDI E OUTRO(S) - SP120797
ADVOGADA : DOMITILA KOHLER - SP207669
RECORRENTE : E Y H
ADVOGADOS : DORA CAVALCANTI CORDANI - SP131054
RAFAEL TUCHERMAN - SP206184
ADVOGADOS : ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA - SP305106
DAVI SZUVARCFUTER VILLAR - SP337079
RECORRENTE : M G B
ADVOGADOS : MARCELO LEONARDO - MG025328
CLAUDIO JOSÉ ABBATEPAULO - SP130542
ADVOGADA : CAROLINA DE QUEIROZ FRANCO OLIVEIRA - SP259644
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : P J DE C B J
CORRÉU : M R DA C

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Econômica

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. **MARCELO LEONARDO**, pela parte RECORRENTE: M G B ;

Dr. **ANDRE PIRES DE ANDRADE KEHDI**, pela parte RECORRENTE: S V T

Dr. **RAFAEL TUCHERMAN**, pela parte RECORRENTE: E Y H

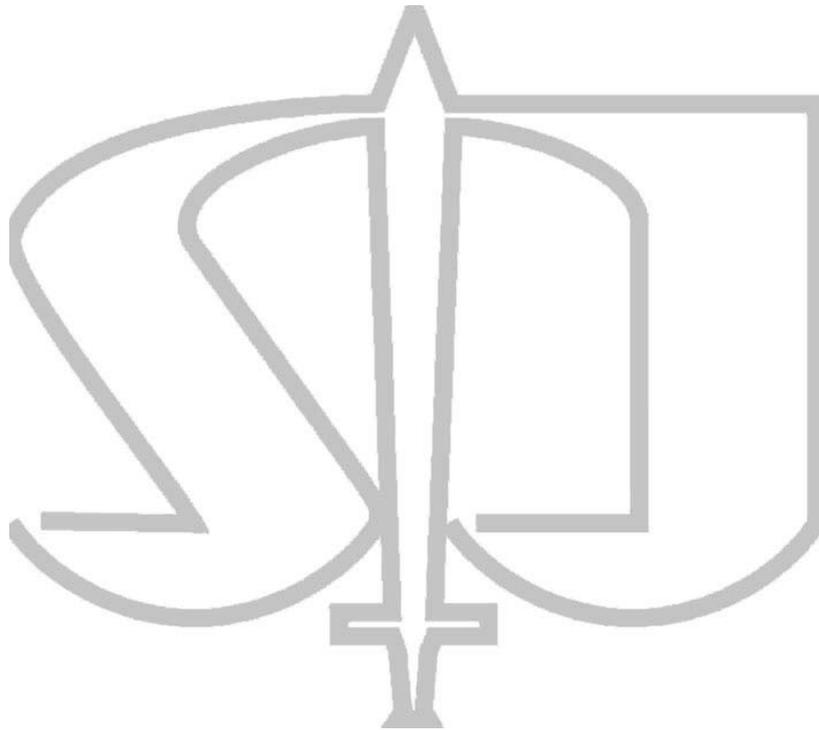
CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão
Documento: 1698384 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 06/06/2018 Página 27 de 51

Superior Tribunal de Justiça

realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

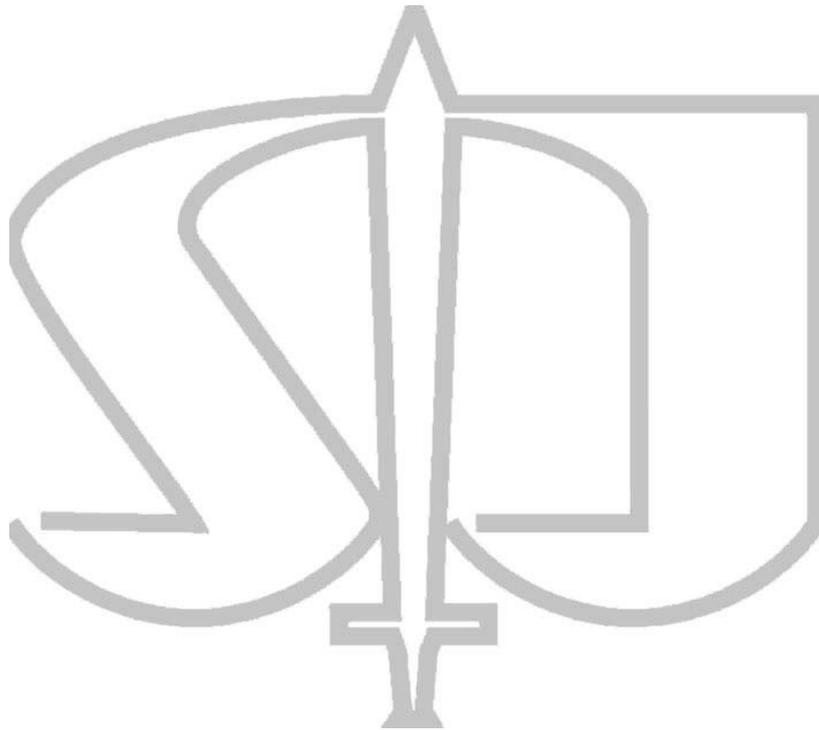
Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento aos recursos especiais, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Aguardam os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.623.985 - SP (2016/0232734-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Senhor Presidente, pedindo vênias ao Ministro Rogerio Schietti, **acompanho** o voto de Vossa Excelência, inclusive com o adendo do Ministro Antonio Saldanha.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.623.985 - SP (2016/0232734-9)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

OLIVEIRA DE CARVALHO e MASSIMO ANDREA GIAVINA BIANCHI interpuseram recurso especial contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que determinou o recebimento da denúncia e o prosseguimento da ação penal, na qual lhes são imputados os crimes de **formação de cartel** (art. 4º, II, "a", "b" e "c", da Lei n. 8.137/1990) e **fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório** (art. 90 da Lei n. 8.666/1993).

Em suas razões, alegaram os recorrentes, em síntese, o seguinte: 1) necessidade de esclarecimento dos pontos omissos e contraditórios suscitados pela defesa na origem, a ensejar violação do art. 619 do CPP; 2) julgamento *extra petita* efetivado pelo Tribunal de origem, que analisou a presença de justa causa e a aptidão da denúncia; 3) conflito aparente de normas, a implicar a adoção do critério da especialidade; 4) ocorrência da prescrição em relação ao crime do art. 90 da Lei 8.666/1993; 5) inexistência de descrição, em relação à Edson Yassuo Hira, da maneira pela qual haveria concorrido para a prática da suposta fraude licitatória, cuja responsabilização de seu por ato de terceiros.

Ao analisar o caso, o eminente relator, Ministro Nefi Cordeiro, entendeu que os recursos deveriam ser providos, a fim de restabelecer a decisão de primeiro grau que rejeitou a denúncia, em síntese, porque: 1) as condutas descritas art. 4º, II, "a", "b" e "c", da Lei n. 8.137/1990 exigem a demonstração de que os acordos, ajustes ou alianças entre os ofertantes tinham por objetivo o domínio de mercado e que, no caso, as tratativas descritas na denúncia referiam-se apenas a uma licitação; 2) pela descrição contida na denúncia, não seria possível verificar se os acordos narrados configurariam, no limite descrito, domínio de mercado; 3) os fatos descritos na denúncia, ocorridos a partir do segundo semestre de 2004, se deram unicamente com o fim de fraudar o processo licitatório em questão, subsistindo apenas o crime do art. 90 da Lei de Licitações.

Pedi vista dos autos em razão da necessidade de exame mais acurado do tema jurídico trazido ao colegiado e ante o relevo do fato versado na impugnação.

I. Alegada violação do art. 619 do Código de Processo Penal

No recurso especial apresentado por Serge Van Themsche, a defesa alegou violação do art. 619 do Código de Processo Penal, porquanto o acórdão recorrido não teria sanado as omissões e as contradições apontadas em embargos de declaração, consistentes nos seguintes tópicos: 1) omissão sobre a aplicação e as consequências da aplicação do princípio da especialidade; 2) falta de indicação dos pontos da denúncia que narrariam os elementos típicos do aventado delito de cartel.

Em relação a tais aspectos, extrai-se do acórdão, a afastar a aplicação da especialidade, a afirmação de que "as empresas envolvidas formariam um cartel (crime contra a ordem econômica) e depois de formado e por meio dele, fraudariam licitação pública (crime contra a administração pública), nada impedindo que fossem imputadas ambas as condutas aos envolvidos, **em concurso formal ou material**" (fl. 679, grifei).

Mais adiante, alinhavou o acórdão recorrido (fl. 680):

Houve, ao que tudo indica, subcontratações indevidas, na medida em que, elas são possíveis, excepcionalmente, desde que previstas em edital e no contrato (artigo 72 e 78, VI, da Lei nº 8.666/93). Tal medida visa, essencialmente, que, as empresas "derrotadas" não sejam as executoras do serviço licitado, como se constatou nos fatos aqui apurados, em que ocorreu a subcontratação das empresas, em tese, "perdedoras", conforme se verifica às fls. 289, a exemplo de que as empresas Siemens e Alstom, atuando pelo Consórcio Linha Verde, subcontrataram as empresas PEM Engenharia S/A (Grupo T'Trans), Belfourt Beauty, Façon Eletromecânico, entre outras.

Dessa maneira, há, portanto, nos autos, farta prova documental de que o Consórcio Linha Verde composto pela Alstom e Siemens subcontrataram, exatamente, quem eles derrotaram na licitação pública e integrantes de grupos a estes ligadas, evidenciando um possível acordo competitivo, manobra tida como ilegal, vez que todos usufruíram do objeto licitado.

Por fim, concluiu o referido *decisum*: "a existência de indícios,

em tese, da ocorrência dos dois crimes, os quais decorreram das informações obtidas no procedimento licitatório referente ao contrato nº 40015212/2005 da 'Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô', somadas à descrição das condutas anticompetitivas no acordo de leniência, bem como os documentos juntados aos autos e os termos dos depoimentos dos lenientes **que comprovam, em tese, ocorrência dos crimes de formação de cartel e de fraude à licitação**" (fl. 681, destaquei).

Observa-se, portanto, que o **critério da especialidade e a caracterização de possível formação de cartel, assuntos sobre os quais alega o recorrente que o acórdão teria sido omissivo, foram apreciados e rechaçados**, na medida em que o referido *decisum* concluiu pela prática de dois crimes em concurso – o que não se coaduna com a ideia de antinomia –, bem como declinou as circunstâncias pelas quais o crime de cartel estaria descrito na denúncia. Por isso, não procede o recurso sob esse prisma.

Além disso, destacou o acórdão, **apenas como registro** (em caráter *obiter dictum*, portanto) – o que afasta possível contradição com a conclusão tida por ele sobre a existência de dois crimes – que "a pena do delito de 'formação de cartel' é maior em seu *quantum* máximo do que aquela é prevista no crime do artigo 90 da Lei nº 8.666/93, de maneira que, **se absorção houvesse** vigeria a regra do *majus absorbet minorem*, remanescendo o delito mais grave" (fl. 683, grifei). Ou seja, se antinomia houvesse, deveria ser preservado o crime de formação de cartel, e não o de fraude ao caráter competitivo da licitação.

II. Alegado julgamento *extra petita*

Igual destino merece o recurso com relação ao aventado julgamento *extra petita*. Com efeito, ao contrário do suscitado exclusivamente pelo recorrente Serge Van Themsche, **não observo que haja o acórdão impugnado incorrido em julgamento além do formulado pelo Ministério Público no recurso em sentido estrito**, a ensejar possível vulneração ao princípio da adstrição ou da congruência.

Ao rejeitar a denúncia, **o Magistrado de primeiro grau**, depois de discorrer sobre os fatos descritos na imputação, **entendeu que seria o caso de aplicar-se o critério da especialidade**, porquanto "eventual 'cartel' formado

com vistas a fraudar processo licitatório está inserido na ilícita conduta de fraudar a licitação, de modo que, pelo princípio da especialidade, somente este último deve prevalecer" e que, por isso, "afastado o 'crime de cartel', pois, repita-se, formar acordo, convênio, ajuste ou aliança são comportamentos que, no caso *sub judice*, tipificam o crime do artigo 90, da Lei nº 8.666/93, cumpre agora analisar esse delito para, então, apreciar possível ocorrência da prescrição" (fl. 358).

Diante do recurso em sentido estrito do Ministério Público, no qual foi sustentada a prática de crimes autônomos e a inexistência de antinomia, **não haveria outra possibilidade de o *decisum* recorrido reverter a decisão de primeiro grau, senão com o exame dos fatos e dos elementos de informação que lastrearam a denúncia**, os quais se revelaram, em sua ótica, aptos a deflagrar a ação penal pela prática de dois crimes.

Assim, **mostrou-se impositiva a análise da aptidão da denúncia em todos os seus aspectos, a fim de justificar a modificação da decisão de primeiro grau diante da alegação feita pelo *Parquet* no recurso em sentido estrito. Este estaria interligado com a existência de descrição suficiente dos fatos relacionados aos dois delitos cometidos de modo autônomo**, o que afastaria a aplicação de critério de solução de conflito aparente de normas.

III. A denúncia pelo crime de formação de cartel

Segundo a orientação desta Corte, à qual aderimos, "a denúncia, peça acusatória revestida de technicalidades e formalidades, deve seguir os ditames do art. 41 do Código de Processo Penal, de sorte que a atribuição, ao denunciado, da conduta criminosa seja clara e precisa, com a descrição de todas as suas circunstâncias, a fim de possibilitar a desembaraçada reação defensiva à acusação apresentada" (**RHC n. 39.627/RJ**, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe 30/4/2014).

Há que se avaliar, portanto, se a denúncia, ao imputar a prática de crime, descreve os fatos com todas as suas circunstâncias, de modo a possibilitar a ampla defesa.

Cuidando-se de acusação de **formação de cartel**, notadamente

aquela prevista no art. 4º, II, da Lei n. 8.137/1990, **a denúncia deve seguir, em linhas gerais, além dos requisitos ínsitos a qualquer imputação penal, os seguintes parâmetros:**

1) **descrever fatos que se amoldam em algumas das hipóteses previstas no tipo**, isto é, proceder à indicação da existência de acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, com o objetivo de fixar artificialmente os preços ou as quantidades vendidas/produzidas, de exercer o controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas em detrimento da concorrência;

2) **identificar a conduta de cada um dos acusados supostamente envolvidos no conluio;**

3) **explicitar a maneira como a conduta configura infração contra a ordem econômica**, isto é, de que modo provoca ou pode provocar o exercício de poder abusivo com o intuito de dominar mercados, eliminar concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros;

4) **subsidiar-se em elementos mínimos de identificação da autoria**, os quais permitam aferir a existência de justa causa, com a ressalva de que de "[p]rovas conclusivas da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório" (RHC n. 74.072/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 21/3/2018), jamais para efeitos de recebimento da denúncia.

Dito isso, considero que **a denúncia**, diversamente da compreensão externada pelo relator, **descreveu, *quantum satis*, a prática dos crimes de formação de cartel e fraude ao caráter competitivo das licitações de modo autônomo**, conforme procurarei explicitar.

Deveras, malgrado todo o procedimento licitatório encetado pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos e pela Companhia de Metropolitano de São Paulo, entre os anos de 1999 e 2009 – para a implantação dos projetos Linha 5 do Metrô, manutenção de Trens Séries 2000, 2100 e 3000, extensão da Linha 2 do Metrô de São Paulo, projeto Boa Viagem, Projeto 320 Carros e Projeto 64 Carros (fl. 301) –, haja sido objeto de investigação, houve desmembramento do procedimento.

Tal desmembramento redundou na deflagração de diversos processos penais e **a denúncia, no caso dos autos, cingiu-se especificamente ao Procedimento Licitatório n. 400152121 da Companhia do**

Metropolitano de São Paulo, o qual previu a elaboração de projeto executivo, fornecimento e implantação de sistemas para o trecho **Ana Rosa/Ipiranga** e sistemas complementares para o trecho **Ana Rosa/Vila Madalena da Linha 2 Verde do Metrô de São Paulo**.

Em razão disso, o exame do feito, conforme a denúncia oferecida pelo Ministério Público, atem-se ao referido procedimento licitatório específico, sem descurar, contudo, da amplitude e da magnitude de todo o procedimento, o qual ensejaria, segundo amplamente divulgado, o **custo de alguns bilhões de reais** – sendo que, na hipótese, como retrata a imputação, **o projeto havia sido orçado, sem a inclusão de aditivos, o valor R\$ 136.660.717,15**.

Logo de início, extraio, da descrição fática apresentada pelo Ministério Público, a afirmação de que "**as referidas empresas, pelos respectivos denunciados, nos documentos dos autos e dos respectivos apensos, em irrefutável análise econômica das evidências (*economic analysis*) da sistemática da licitação e das provas; a partir do mês de janeiro de 2005, ainda em vigência até 21 de agosto de 2013; adiante explicados, e em várias ocasiões em datas diversas, em locais variados, nesta cidade de São Paulo; realizaram acordos, convênios, ajustes e alianças, como ofertantes, mediante fixação artificial de preços para fornecimento e instalação de sistemas para transporte sobre trilhos**" (fls. 2-3).

Em seguida, também na parte introdutória, arremata (fl. 3):

Previamente ajustados e com unidade de propósitos, os denunciados, agindo em nome e para vantagem das empresas que representavam, reuniam-se e/ou comunicavam-se por diversos meios, e dividiram entre eles o contrato administrativo nº 4001521201 da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, que deveria ser destinado a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, prejudicando o julgamento em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade e do julgamento objetivo. Os denunciados, entretanto, dele "assenhoraram-se", direcionando a licitação sabendo previamente quais empresas seriam as vencedoras. Através de acordos fraudulentos, estabeleceram e direcionaram os consórcios, vencedor/perdedor, este com proposta pro forma, dividiram o mercado e o preço final

superfaturado, violando assim criminosamente as Leis naturais da economia, especialmente a da livre concorrência. Nesse contexto, tendo a certeza e a consciência de serem, **juntas, as empresas, dominadoras de considerável parcela do mercado;** os denunciados fraudaram, mediante ajuste e combinação, o caráter competitivo do referido procedimento licitatório com o objetivo de obter, para suas respectivas empresas, as quais detinham poder decisório, vantagem financeira decorrente dos objetos da adjudicação do contrato firmados com o Poder Público – Companhia do Metropolitano de São Paulo -Metrô (Crime contra a administração pública).

Por fim, ainda na parte introdutória, o MP faz uma síntese dos fatos, em que expõe que "as empresas acordaram a formação de dois consórcios para participar da licitação: **um venceria o certame e o outro apresentaria uma proposta de cobertura, sendo, posteriormente, subcontratado**" e que o "acordo anticompetitivo obteve sucesso: o consórcio formado Linha Verde, formado por Alstom e Siemens, sagrou-se vencedor e, durante a execução do contrato, subcontratou as empresas TTrans, Bombardier e Balfour Beatty" (fl. 4).

Verifica-se que a denúncia, *ab initio*, já explicita que **as empresas detinham domínio considerável de parcela do mercado** e aponta a presença de **duas das características da formação de cartel**, que é a **restrição da proposta e a subcontratação ilegal**. Tais circunstâncias, consoante referido linhas atrás, sinalizam a existência de requisitos inerentes aos **crimes contra a ordem econômica, os quais pressupõem o abuso do poder econômico**, cuja configuração se dá pelo **uso abusivo de domínio do mercado** relevante, de modo a **restringir ilicitamente a liberdade de iniciativa e a livre concorrência**, com a utilização de técnicas de compensação.

No **tópico II**, o *Parquet*, após a síntese dos fatos, chama a atenção para os subsídios que lastreiam a denúncia, ao salientar que o "**procedimento licitatório em conjunto com os termos do acordo de leniência e demais documentos anexados aos autos, é conclusivo que há provas de prática dos crimes de cartel e fraude a presente licitação** por integrantes das empresas Siemens, Alstom, TTrans, Bombardier e Balfour Beatty, na forma exposta no acordo de leniência, em conluio com agentes públicos" (fl. 5).

No **tópico III**, o Ministério Público examina o procedimento licitatório, onde afirma que 33 empresas adquiriram e retiraram exemplares do edital, mas que somente 2 consórcios apresentaram documentos de habilitação,

Superior Tribunal de Justiça

a saber: **Consórcio Linha Verde**, integrado pelas empresas Alstom Brasil Ltda. e Siemens Ltda, e o **Consórcio Linha Dois**, integrado pelas empresas Trans Sistemas de Transportes S/A., Bombardier Transportation Brasil Ltda. e Balfour Beatty Rail Power Systems (Brazil) Ltda. (fl. 8)

Ambos os consórcios foram considerados habilitados e, na mesma sessão de habilitação, **desistiram expressamente do exercício do direito de interpor recurso**, cujo termo, em relação a Linha Verde, "foi assinado por Wagner Tadeu Ribeiro (gerente comercial da Alstom), Francisco de Assiz Perroni (superintendente de operações da Alstom), Nelly Miyazaki (técnica de venda de infraestrutura da Siemens) e Liliam Cristina Basseto Dezen (gerente comercial de contratos da Siemens)" (fl. 8).

No que tange à Linha Dois, o termo "foi assinado por Wagner Tadeu Ribeiro (gerente comercial da Alstom), Francisco de Assiz Perroni (superintendente de operações da Alstom), Nelly Miyazaki (técnica de venda de infraestrutura da Siemens) e Liliam Cristina Basseto Dezen (gerente comercial de contratos da Siemens)" (fl. 8).

Chama a atenção, ainda nesse tópico, que a proposta apresentada pela Linha Verde, mesmo acima do valor estimado pela comissão licitatória, sagrou-se vencedora do certame e, ato contínuo, o Consórcio Linha Dois renunciou expressamente ao direito de interpor recurso, nestes termos (fl. 10):

Mesmo com proposta acima do valor estimado, a Comissão de Licitação e Julgamento – CLS declarou vencedor o Consórcio Linha Verde, composto pelas empresas Alstom Brasil Ltda. e Siemens Ltda., conforme resultado publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo, edição do dia 02 de abril de 2005.

O Consórcio Linha Dois, por sua vez, renunciou expressamente ao exercício do direito de interpor recurso administrativo contra a decisão de seleção da proposta do Consórcio Linha Verde, em manifestação subscrita por Massimo Andrea Giovina-Bianchi, presidente-integrante da T'Trans Sistemas de Transportes S/A, líder do consórcio.

Destaca-se, de igual forma, o fato de que, homologado o processo licitatório em 6/4/2005, com despesa prevista no valor de R\$ 143.622.513,04, pouco mais de um mês depois, em 15/5/2005, "a Siemens Ltda. **solicitou a subcontratação da empresa PEM Engenharia S/A**, que

mantinha relações comerciais com a T'Trans" (fl. 11), e, passados quinze dias, "a Alstom Brasil Ltda. também solicitou a subcontratação da empresa PEM Engenharia S/A" (fl. 11).

No mês seguinte, conforme descrito na denúncia, a "Siemens, no dia 03 de junho de 2005, formulou pedido de **subcontratação da empresa Belfour Beatty Rail Power Systems (Brasil) Ltda.**, destinado à execução dos itens 3.11, 3.3.2 e 3.3.5 do contrato, também aprovado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo" (fl. 11). E, da mesma forma e nesse mesmo mês, seguiram-se pedidos de subcontratações, com a inclusão da **Façom Eletromecânica, Industria, Comércio e Serviços Ltda e da Bombardier Transportation Brasil Ltda**, além de oito aditamentos, os quais culminaram com o acréscimo no valor do contrato, que passou a ser orçado em **R\$ 162.515.335,87** (fls. 11-15).

Observa-se, diante desse quadro, que as empresas subcontratadas ou integravam o Consórcio perdedor do processo licitatório ou a lista das empresas que retiraram o edital, mas não concorreram no certame, circunstâncias estas que, embora possam não representar, de per si, ilícito penal ou mesmo administrativo, **reforçam a possibilidade de conluio entre as empresas, a indicar a existência de acordo anticompetitivo**.

No **tópico IV**, o *Parquet* apresenta esboço detalhado dos fatos, extraídos por informações obtidas em programa de leniência aderido pela Siemens, onde assinala, baseado em documentos apresentados, (fl. 17), o seguinte: "[no segundo semestre de 2004 **ocorreu uma reunião entre as empresas Siemens, Bombardier, Alstom, Balfour Beatty e T'Trans com o objetivo de planejar a divisão do escopo do projeto Metrô São Paulo Linha 2**. Compareceram a esta reunião Everton Rheinheimer – diretor de transportes da Siemens; Paulo Borges – Diretor da Divisão de Transportes da Alstom; Serge Van Themsche – Presidente da Bombardier; Haroldo Oliveira de Carvalho – da Balfour Beatty e **Edson Yassuo Hira – Gerente de propostas da T'Trans**" (fl. 16, grifei). E prossegue:

[foi estabelecido acordo anticoncorrencial no sentido de que seriam formados dois consórcios diferentes para o projeto. Ambos seriam pré-qualificados, sendo que um deles ganharia a licitação e o outro apresentaria proposta perdedora de cobertura. Posteriormente, o consórcio vencedor subcontrataria as empresas do consórcio perdedor. Para atingir o objetivo, os participantes realizaram uma

detalhada análise dos atestados técnicos detidos por cada empresa e analisaram as possibilidades de formação dos consórcios considerando que as disposições do edital continham exigências muito específicas e as empresas temiam que a licitação pudesse ser frustrada por ausência de competição caso apenas um dos dois consórcios fosse pré-qualificado. As empresas interessadas na licitação fizeram uma análise cuidadosa dos atestados técnicos detidos por cada uma delas, para montar os dois consórcios participantes da licitação.

De todo o exposto até aqui, sobressai-se a assertiva do Ministério Público de que "**[h]á nos autos, em apenso, documentos (provas diretas) que também demonstram a realização dos acordos em Cartel**" (fl. 19, destaquei). **Tais provas consistiriam em:** "Documento fornecido pela leniente Siemens – 'Subcontrato de prestação de fornecimento e de serviços – minuta'; demonstra Balfour Beatty subcontratada pela Siemens, sendo a Alstom anuente. Documento fornecido pela leniente Siemens – 'Subcontrato de prestação de fornecimento de serviços – minuta'; demonstra a PEM Engenharia S.A. subcontratada pela Alstom, sendo a Siemens anuente. Documento fornecido pela leniente Siemens – E-mails referindo a efetiva contratação da Balfour Beatty como subcontratada da Siemens". (1610212007 e 2110212007)" (fl. 19).

Esse quadro fático, do modo como descrito, preenche, a meu juízo, **os requisitos previstos no art. 41 do CPP, relativamente ao crime de formação de Cartel**, pois se amoldam às hipóteses previstas no tipo inserto no art. 4º, II, da Lei n. 8.137/1990. **Com efeito, por toda a narrativa feita na imputação, é possível concluir pela presença de suficientes indícios da existência de acordo, ajuste ou aliança entre as concorrentes**, os quais encontram subsídios em provas apresentadas no programa de leniência feito pela própria Siemens, então integrante do consórcio que venceu o certame.

Além disso, **expõe a denúncia o modo como as empresas participantes do suposto cartel, entre as quais figuram empresas multinacionais, notoriamente conhecidas pelo poder de mercado e atuação em mercado relevante**, efetuaram ajuste com o objetivo de eliminar a concorrência no vultoso procedimento licitatório. Aliás, a denúncia descreve que o edital chegou a ser impugnado por uma das empresas que pretendiam concorrer no certame (não beneficiada pelo esquema), nestes termos (fl. 6):

A empresa Alusa Engenharia Ltda. ofertou impugnação ao

edital, sustentando que a aglutinação de diversos sistemas em único procedimento licitatório restringia a competição, infringindo o disposto no artigo 3º, §1º da Lei nº 8.666/93.

O pedido não foi acolhido pelo Metrô, com fundamento na impossibilidade de execução dos contratos em lotes e complexidade dos sistemas a serem implementados, nos termos do artigo 23, §1º, da Lei d 8.666/93.

Diante disso, a empresa ofertou representação perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que, em liminar, suspendeu o procedimento licitatório, porém, no mérito, decidiu pela regularidade das cláusulas expostas no edital (Procedimento TC-006990/026/05).

Como é afirmado na denúncia, "**as empresas integrantes do cartel traçaram a estratégia para que não houvesse concorrência entre elas e impedissem a presença de empresas 'não alinhadas' no certame**" (fl. 21).

Importa ressaltar, ainda, que há descrição dos fatos sequenciada e devidamente individualizada, com o apontamento, em cada passo ou etapa, dos participantes do conluio e dos atos praticados, de modo a permitir o exercício da ampla defesa.

O mesmo se diga em relação ao crime de fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório, quando o *Parquet* inicia a descrição dos fatos, no tópico V, com a afirmação de que, no "procedimento licitatório, constatou-se que **ocorreu vazamento de informações da licitação, a inserção de aspectos com cláusulas restritivas à concorrência no edital e atuação fática das integrantes do cartel por meio de mais de um consórcio e irregularidades no procedimento de subcontratação**" (fl. 19).

No particular, afirma o MP que o "relato e documentos mencionados demonstram que representantes das empresas cartelarizadas de fato tiveram acesso a informações pormenorizadas sobre procedimento licitatório, a ponto de combinarem previamente valores e analisarem documentos que seriam exigidos na fase de habilitação" (fl. 20) e que "[a] tabela interna da Siemens, datada de 20 de julho de 2004, **demonstrou que as empresas cartelarizadas, antes da publicação do edital, já haviam estipulado valores que seriam ofertados na licitação**".

E mais:

Se não bastasse, as empresas Alstom, Siemens, Bombardier,

T'Trans e Balfour Beatty, em reunião ocorrida no dia 17 de setembro de 2004 decidiram a composição dos dois consórcios que seriam formados, **com base na análise minuciosa dos respectivos atestados técnicos, para que atendessem aos requisitos de qualificação exigidos na licitação, cujo edital sequer havia sido publicado.**

Tudo isso revela que **os representantes das empresas cartelarizadas tiveram acesso a informações sensíveis sobre a licitação cerca de 06 (seis) meses antes da publicação do respectivo edital**, período que os dados do procedimento licitatório deveriam ter sido mantidos sob sigilo no âmbito da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô.

[...]

O acesso indevido às informações da licitação, além de causar desequilíbrio entre os concorrentes, favoreceu a celebração do acordo anticompetitivo entre as empresas Alstom, Siemens, T'Trans, Bombardier e Balfour Beatty.

De outro lado, constata-se que a Companhia do Metrô não realizou audiência pública, a possibilitar que os interessados exercessem direito de acesso e manifestação sobre as informações pertinentes à licitação, obrigatório para licitações com valor global de superior a R\$ 150.000.000,00, como a ora analisada, nos termos do artigo 39 da Lei 8.666/193.

Outro aspecto relevante que merece ser registrado é que a própria **restrição contida no edital quanto ao número de consórcios participantes** – no máximo três –, **despida de justificativa** (segundo a denúncia), em confronto com o número de empresas que retiraram o edital e as que apresentaram documentos de habilitação – somente cinco, beneficiadas com o suposto ajuste – **reforça a possibilidade de realização de cartel.**

A delimitação do mercado relevante implica, necessariamente, a identificação do mercado no qual determinado agente econômico atua, isto é, no ambiente em que este concorre. **Logo, a ideia de mercado relevante compreende a identificação das relações concretas de concorrência de que ele participa; serve a esse propósito, portanto, a abertura de vultosa e complexa licitação relacionada ao ramo de atuação das empresas envolvidas.** Por isso, a **restrição injustificada relativa à quantidade de consórcios participantes é mais um elemento** que se soma as demais circunstâncias descritas na denúncia, a indicar a formação de cartel e a fraude no procedimento licitatório.

Releva, a propósito, enfatizar que o abuso do poder econômico importa em **diminuição ou mesmo supressão da liberdade de oferta e procura**, impedindo o acesso de novos empresários ao mercado ou o desenvolvimento das atividades dos concorrentes. Na direção das precisas palavras de Ana Frazão Lopes, "**será ilícito o ato que pretenda reduzir, de forma abusiva, a concorrência para um nível abaixo do qual estejam comprometidas a liberdade entre os agentes econômicos e a liberdade dos consumidores**. Afinal, a preocupação da Constituição foi com a eliminação abusiva da concorrência praticável" (LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. *Empresa e propriedade* : função social e abuso de direito. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 190).

A formação de cartel compreende, assim, a **realização de acordos**, que podem ser explícitos ou tácitos **entre concorrentes do mesmo segmento** e que envolvem parte substancial do mercado, **a fim de controlar preços, produção e distribuição e, com isso, aumentar os lucros**. Trata-se, portanto, de coligações entre empresas da mesma categoria com objetivo de obter vantagens comuns decorrentes da supressão da livre concorrência, mas com a manutenção da autonomia entre elas.

Acresça-se que os cartéis podem ser assim classificados (esta não é a única forma de classificação): **difusos** (soft) e **clássicos** (hard-core). **Os primeiros (cartéis difusos)**, que interessam para o exame do caso, são definidos pelo CADE como um “[a]to de coordenação da ação entre empresas com objetivo similar ao do cartel clássico, **mas de caráter eventual e não institucionalizado**. Esse é o caso quando um grupo de empresas decide reunir-se para coordenar um aumento de preço, muitas vezes em função de um evento externo que as afetou simultaneamente. **Isto é, tal ação pode ser considerada eventual e não decorreu de uma organização permanente para coordenar as ações das empresas envolvidas** (Trecho do voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado no PA n. 08012.002127/2002- 14, DJ 13/7/2005, CADE. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN1rry6KfIkAH_w5x0ZKb9_HNUsN94s7HMkBi4KsrnINaNjnFT7h49858q08xAh3TTFgBUyGfoEEaFXj0rMDxwW>. Acesso em: 27 abr. 2018).

Deveras, a caracterização do cartel **prescinde da existência de um estado de permanência ou estabilidade da colusão**, à semelhança do que ocorre com as parcerias comerciais (*joint venture*) que, em geral, possuem "objetivos específicos limitados, como os grandes projetos de obras de

infraestrutura, portos, tuneis, hidroelétricas etc., cuja magnitude exige a união de várias empresas" (BULGARELLI, Waldírio. *Concentração de empresas e Direito antitruste*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 56-57).

Além disso, a atuação do cartel ocorre, predominantemente (como destaca a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE), **em contratos engajados com o setor público** (*OECD Joint Global Forum on Trade and Competition*, 2003. Hard Core Cartels. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CCNM/GF/COMP/TR\(2003\)8&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CCNM/GF/COMP/TR(2003)8&docLanguage=En)>. Acesso em: 25 abr. 2018).

No âmbito internacional, tal prática é conhecida como *bid rigging*, que significa a realização de cartel em procedimentos licitatórios e que consiste no ajuste entre competidores para, em conjunto, indicar o vencedor de determinada licitação pública, de modo que, *a posteriori*, sejam favorecidos todos os acordantes mediante a concessão de compensações. Nela pode ser incluída até mesmo a existência de acordo para que não sejam apresentadas propostas por outros concorrentes ou, ainda, que sejam exibidas propostas acima da indicada para obter êxito no certame.

Assim, nas **licitações públicas**, nas quais há **acordo entre os concorrentes com a aptidão para limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência**, é possível identificar, consoante orientações da extinta Secretaria de Direito Econômico, a presença de algumas características: **fixação de preço; rodízio, restrição de proposta; divisão de mercado e subcontratação ilegal** (*Combate a Cartéis em Licitações: guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação*. Coleção SDE/SPDE nº 02/2008).

Esses elementos estão, a meu sentir, plenamente narrados na imputação ministerial e me parece deveras **preocupante, com a devida vênia, que se interrompa a pretensão punitiva por condutas tão graves e lesivas ao erário e ao interesse público, impedindo o titular da ação penal de demonstrar, no curso da ação penal, o que descreve na denúncia**.

IV. Formação de cartel e fraude ao caráter competitivo da licitação - inexistência de conflito aparente de normas

No REsp n. 1376670/SC, citado e adotado em seu voto pelo relator, há a afirmação de que "ocorre o conflito aparente de normas quando há a incidência de mais de uma norma repressiva numa única conduta delituosa, sendo que tais normas possuem entre si relação de hierarquia ou dependência, de forma que somente uma é aplicável".

Trazendo a assertiva para o caso ora examinado, vejo que não se está diante de uma única conduta, mas diante de um número expressivo de condutas que acabaram por distanciar a formação do cartel como elemento central para a quebra do caráter competitivo em relação ao procedimento licitatório, embora o exercício da livre concorrência, no que tange à ordem econômica, haja sido afetada com o cartel. **Explico**.

Para a configuração do crime de fraude ou frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório, **não há, necessariamente, que haver conluio entre os concorrentes**. A prática desse crime pode se dar pela **utilização de qualquer outro expediente fraudulento que se coloque em oposição à competitividade do certame**, seja na fase externa, seja na interna; basta que algum aspecto do procedimento seja atingido.

Logo, a prática de qualquer ato fraudulento que importe quebra de princípios basilares da licitação, com o objetivo de frustrar o caráter competitivo do certame, pode dar azo ao crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1990, sem que para isso ocorra o ajuste entre os concorrentes, como, v. g., o conluio estabelecido entre um concorrente e determinados agentes públicos. **A elaboração de edital direcionado ou mesmo o fornecimento de informações privilegiadas, por meio de um agente público, acerca de informações sigilosas do procedimento licitatório, podem ser exemplos desse crime quando visem a burlar a competição necessária do certame licitatório**.

Nesse particular, o "conluio entre o concorrente (ou vários concorrentes) da licitação e um servidor público, por **quebra do sigilo das propostas; inserção, no edital, de cláusulas discriminatórias em favor de determinado concorrente**" (Luiz Regis Prado, *Leis penais especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 193), são exemplos de outros expedientes que se enquadram na cláusula genérica prevista no tipo.

Na espécie, o reconhecimento da suposta fraude ao caráter competitivo da licitação teve como substrato situações desvinculadas, *a priori*, da formação do cartel. Com efeito, a denúncia explícita que "[o] relato e

documentos mencionados demonstram que representantes das empresas cartelizadas de fato **tiveram acesso a informações pormenorizadas sobre procedimento licitatório**, a ponto de combinarem previamente valores e analisarem documentos que seriam exigidos na fase de habilitação" (fl. 20, grifei), isto é, "os representantes das empresas cartelizadas **tiveram acesso a informações sensíveis sobre a licitação cerca de 06 (seis) meses antes da publicação do respectivo edital, período que os dados do procedimento licitatório deveriam ter sido mantidos sob sigilo no âmbito da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô**" (fl. 20-21).

No ponto, conclui: "Denotam-se, portanto, 'indícios precisos e concordantes no sentido de que os integrantes do cartel **aproximaram-se de agentes da Companhia do Metrô, em circunstâncias ainda não esclarecidas, sem afastar a prática de crimes contra a administração pública, para que obt[ivessem] acesso privilegiado às informações do procedimento licitatório**" (fl. 21, destaquei).

Mais adiante, relata o *Parquet* que a "**restrição do número de integrantes do consórcio favoreceu as empresas integrantes do cartel, com maior tradição no mercado** – oligopólio em conluio, capazes de executar projetos complexos sem a necessidade de socorro de outras empresas, em detrimento da concorrência" (fl. 22).

E, por fim, assinala: "**ao lado do 'vazamento' das informações, o edital também favoreceu a atuação do cartel, especialmente no afastamento de empresas 'não alinhadas'**", ou seja, "[a] '**recomendação' de retirada do edital no endereço** constante da apresentação dos documentos [...] escondeu, na verdade, obrigatoriedade imposta aos interessados em participar da licitação", de modo a **possibilitar que "interessados na disputa tenham prévio conhecimento de quem serão os futuros concorrentes, viabilizando traçar estratégia para implementação do acordo anticompetitivo, especialmente afastar empresas não alinhadas"** (fl. 23).

Todas essas circunstâncias acabam por reforçar a ideia de que a frustração ao caráter competitivo da licitação motivou-se em fatos que não se relacionam exclusivamente com a colusão ilícita das empresas, mas, ao contrário, são fatores que, por si só, maculam o certame licitatório. O caso relatado na denúncia expõe a **fraude** no certame licitatório de **modo bastante distinto da imputada formação do cartel**, porquanto singulariza e distingue cada uma das condutas relacionadas aos delitos de maneira inequívoca.

De fato, há, no contexto fático externado pelo Ministério Público, uma **clara distinção de desígnios**, amparados por condutas que não se confundem, na medida em que **a formação do cartel foi motivada, sobretudo, pela expressividade do valor do projeto** que, data vênia, salta aos olhos. O benefício dos lucros a serem auferidos por todos os participantes do esquema, em **evidente e vultoso prejuízo público**, norteou o desejo de celebração do contrato pelas empresas da forma como delineada.

Já a fraude ao caráter competitivo da licitação ocorreria em qualquer caso, mesmo que ausentes as circunstâncias ligadas à formação de cartel, haja vista que o conhecimento prévio de informações sigilosas por determinada empresa, bem como a existência de restrição injustificada no edital quanto ao número de consórcios participantes e o direcionamento da licitação, tudo com o auxílio de agentes públicos.

O art. 90 da Lei 8.666/1990, ao prever que frustração ou a fraude possa se dar mediante ajuste **ou qualquer outro expediente**, reproduz o modelo de cláusula casuística seguida de fórmula genérica, tal como ocorre, por exemplo, com algumas das as qualificadoras do homicídio. Nesse modelo de locução aberta, é necessário que o intérprete se utilize de situações ou conceitos análogos, ou seja, semelhantes e que aplique o referido dispositivo legal por **interpretação analógica** (não analogia), a exemplo de expressões como "por qualquer outro meio" ou "por outro motivo torpe".

Mostra-se indicativo, na espécie, que o desígnio para a formação de cartel estaria amparado nos altos valores dos contratos que, pela inequívoca expressividade, poderia ensejar benefícios a todos os concorrentes alinhados, fato este que não ocorreria em uma concorrência natural e lícita. Não há, com a devida vênia dos que pensam contrariamente, como desconsiderar a formação de cartel, no caso, para entender presente apenas a fraude ocorrida na licitação, seja porque **a potencialidade lesiva da formação de cartel não se esgota na fraude ao caráter competitivo do certame específico, seja porque as condutas são distintas e dirigidas a finalidade não coincidente.**

Ainda sobre a eventual relação de hierarquia ou de dependência entre as normas penais em debate, penso, com a devida vênia, que **não há, entre a lei que regula a ordem econômica e a que trata das licitações, nenhuma relação de hierarquia ou mesmo de complementariedade.**

Com efeito, a ocorrência da fraude ao caráter competitivo da licitação, cujo bem jurídico tutelado está imbricado com os princípios

básicos da administração pública e da probidade administrativa, ocorreria ainda que o caso não versasse sobre formação de cartel.

Já a formação de cartel, cuja **tutela jurídica se volta à proteção do mercado**, poderia subsistir isoladamente, se não presentes as circunstâncias retratadas no caso, mas com a frustração do caráter competitivo do certame licitatório restrito ao conluio entre as empresas e sem a participação de agentes públicos.

Nesse particular, válidas as assertivas feitas por Rossana Malta de Souza Gusmão, "de que não é possível ilícito antitruste em licitações, pois a lei de licitações, Lei n. 8.666/1993, preveria penalidades administrativas e criminais próprias. Nesse sentido, **é necessário diferenciar bem os escopos da lei de licitação e da lei antitruste. Os bens jurídicos são distintos**: no primeiro caso, tutela-se a Administração Pública e busca-se reparar a lesão a ela feita; no segundo, tutela-se a ordem econômica e o interesse difuso da sociedade. Também, as consequências são bastante distintas" (*Cartel em licitação pública*: tipificação na Lei Antitruste. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3274, 18 jun. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22038>>. Acesso em: 27 abr. 2018).

Subsidiado em tais considerações, reputo correto o acórdão recorrido quando afirmou, para distinguir as condutas, que há **“indícios patentes de que houve ofensa frontal, também, aos princípios da publicidade e vinculação ao instrumento convocatório, sem falar que documentos juntados no processo licitatório, segundo o relatório de investigação, demonstram que os participantes “privilegiados” “combinaram” os valores das propostas, estipulando uma principal e outra, de cobertura, visando impedir a concorrência e a redução do valor do contrato”** (fl. 680).

Por tudo isso, entendo, para efeitos de recebimento da denúncia, que **não há conflito aparente de leis** no caso, a justificar a aplicação de algum dos critérios de solução *initio litis*, como fez o Magistrado de primeiro grau, e, *a fortiori*, não há que se falar em relação de causalidade ou especialidade, pois, em princípio, parecem tratar-se de crimes autônomos.

Impõe-se ressaltar, ademais, que os sólidos argumentos externados pelo Tribunal de origem se somam à complexidade que envolve o caso e, por isso, ensejam **cuidado redobrado em relação à interrupção prematura da persecução penal, máxime se levado em conta o firme entendimento jurisprudencial de que a extinção do processo, ab initio,**

situa-se no campo da excepcionalidade.

Com efeito, "[n]ão é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na pela acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli*, se a instrução criminal assim o indicar (STF, HC 87.324/SP, Rel(a). Min(a). Cármen Lúcia Rocha, Primeira Turma, DJ 18.05.07)" (**RHC n. 22.838/PR**, Rel. Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJe 2/8/2010).

Nesse sentido, ainda, registro que "para o oferecimento da denúncia, exige-se apenas a descrição da conduta delitiva e a existência de elementos probatórios mínimos que corroborem a acusação. Provas conclusivas da materialidade e da autoria do crime são necessárias apenas para a formação de um eventual juízo condenatório" (**HC n. 344.727/MT**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 26/2/2018).

Na mesma direção está o Supremo Tribunal Federal, segundo o qual "quando do recebimento da denúncia, não há exigência de cognição e avaliação exaustiva da prova ou apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade" (**HC n. 146.956 AgR/PR**, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe 7/12/2017).

V. Fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório

O crime de fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório (art. 90 da Lei n. 8.666/1993), consoante grande parte da doutrina, é **instantâneo**, visto que **os elementos integrantes do tipo se aperfeiçoam com a homologação do procedimento licitatório**, no qual houve a quebra no caráter competitivo, isto é, não há continuidade temporal na conduta ofensiva (ação contínua do agente).

Diante disso, a execução do contrato e **a obtenção das vantagens pecuniárias suportadas pela Administração Pública são mero exaurimento do êxito obtido, por meio de fraude ao caráter competitivo, na licitação**, uma vez que o processo licitatório que redundou na contratação é que foi frustrado ou fraudado (observe que ambos os verbos identificam o instante

em que a ação ocorre).

No particular, destaco que o Supremo Tribunal Federal firmou a compreensão de que "o delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993 é formal, cuja consumação **dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, com o intuito de obter vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto**, de modo que a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório" (HC n. 116.680/DF, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 13/2/2014, grifei).

Nesse sentido, também se consolidou a jurisprudência desta Corte: **AgRg no REsp n. 1.679.993/RN**, Rel. p/ acórdão Ministro **Sebastião Reis Júnior**, DJe 16/4/2018; **REsp n. 1.498.982/SC**, Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe 18/4/2016, entre outros.

Considerado, assim, o caráter instantâneo do crime no art. 90 da Lei 8.666/1990, que se esgota no momento em que homologado o certame, forçoso reconhecer no caso, a incidência de causa extintiva da punibilidade do fato, consubstanciado na prescrição.

Com efeito, **se a própria homologação do certame, desnecessária para a prática do delito, como ressaltado alhures, deu-se em 6/4/2005**, conforme aponta a denúncia, cujo recebimento se deu somente em **11/8/2015**, com o julgamento do recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, quando já transcorridos mais de 8 anos, nos termos do art. 109, IV, do Código Penal.

Em razão disso, fica prejudicada a alegação feita de inexistência de descrição, em relação à Edson Yassuo Hira, do modo como ele teria concorrido para a prática da suposta fraude licitatória, porquanto deve ser extinta a punibilidade dos fatos relacionados a esse delito.

VI. Conclusão

À vista de todo o exposto, peço vênias para divergir do eminente relator e, nesse sentido, **dar provimento apenas parcial às impugnações especiais dos recorrentes**, de sorte a reconhecer a incidência de causa extintiva da punibilidade relacionada aos fatos imputados como crime previsto no art. 90 da Lei n. 8666/1990 e **manter, no mais, o acórdão hostilizado**.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2016/0232734-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.623.985 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0021 0026497132014 00264971320148260050 20140000715541 20150000576603
20150000843106 21 264871320148260050 47814 RI002EIZG1XGD

PAUTA: 10/04/2018

JULGADO: 17/05/2018
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : S V T
ADVOGADOS : ANDRE PIRES DE ANDRADE KEHDI - SP227579
RENATO STANZIOLA VIEIRA - SP189066
FERNANDO GARDINALI CAETANO DIAS E OUTRO(S) - SP287488
RECORRENTE : H O DE C
ADVOGADO : CELSO SANCHEZ VILARDI E OUTRO(S) - SP120797
ADVOGADA : DOMITILA KOHLER - SP207669
RECORRENTE : E Y H
ADVOGADOS : DORA CAVALCANTI CORDANI - SP131054
RAFAEL TUCHERMAN - SP206184
ADVOGADOS : ADRIANA ALMEIDA DE OLIVEIRA - SP305106
DAVI SZUVARCFUTER VILLAR - SP337079
RECORRENTE : M G B
ADVOGADOS : MARCELO LEONARDO - MG025328
CLAUDIO JOSÉ ABBATEPAULO - SP130542
ADVOGADA : CAROLINA DE QUEIROZ FRANCO OLIVEIRA - SP259644
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : P J DE C B J
CORRÉU : M R DA C

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Econômica

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz dando parcial provimento aos recursos especiais, e os votos dos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior dando provimento aos recursos especiais, a Sexta Turma, por

Superior Tribunal de Justiça

maioria, deu provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

