RECURSO ESPECIAL Nº 1.683.839 - SP (2017/0170283-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE	:	WOO DONG IK
ADVOGADOS	:	ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(S) - SP065371
		LUIZA A VASCONCELOS OLIVER - SP235045
		JOSE ROBERTO DIAS DE MOURA - SP000000
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 90 DA LEI 8.666/93. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 96 DA LEI 8.666/93. CRIME MATERIAL. RESULTADO NATURALÍSTICO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO À FAZENDA PÚBLICA. ART. 4º, II, DA LEI 8.137/93. CARTEL. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DA CONCENTRAÇÃO DO PODER ECONÔMICO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE RECONHECIDA, DE OFÍCIO. PREJUDICADO, NO PONTO, O RECURSO. PROVIMENTO PARA RESTABELECER A DECISÃO DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.

1. 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.

2. O tipo penal do art. 96 da Lei 8.666/93, por se tratar de delito material, exige a ocorrência do resultado naturalístico, com descrito prejuízo à Fazenda Pública.

3. Ausente a demonstração do prejuízo causado à Fazenda Pública, sequer descrito, mormente porque a empresa que adjudicou o objeto da licitação não integrava o cartel referido na denúncia, vê-se a atipicidade da conduta imputada.

4. 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.

5. Não havendo descrição fática suficiente da concentração do poder econômico, ou de que os acordos ajustados teriam sido efetivamente implementados com domínio de mercado, não há falar em formação de cartel, porquanto não demonstrada ofensa à livre concorrência.

6. A ausência de descrição do efetivo prejuízo à Fazenda Pública exigido pelo art. 96 da Lei 9.666/93, uma vez que o bem licitado foi adjudicado a empresa estranha ao suposto cartel, e da demonstração do domínio de mercado exigido pelo art. 4º da Lei 8.137/90, impõe o restabelecimento da decisão de rejeição da denúncia, com fundamento no art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

7. Declarada de ofício a extinção da punibilidade de WOO DONG IK, quanto ao delito do art. 90 da Lei 8.666/93, e julgado prejudicado, nesta parte, o recurso especial, dando-lhe provimento para restabelecer a decisão de rejeição da denúncia, quanto aos demais delitos.

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 regimental do Sr. Ministro Relator declarando de ofício a extinção da punibilidade, julgando prejudicado o recurso e dando provimento ao recurso especial, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz, por unanimidade, declarar de ofício a extinção da punibilidade, julgar prejudicado o recurso e dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.683.839 - SP (2017/0170283-0)
RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE : WOO DONG IK
ADVOGADOS : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(S) - SP065371
LUIZA A VASCONCELOS OLIVER - SP235045
JOSE ROBERTO DIAS DE MOURA - SP000000
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que deu provimento a recurso em sentido estrito para receber a denúncia contra o recorrente.

Sustenta que, conjuntamente com diretores de outras multinacionais, foi processado pela *prática de formação de cartel (art. 4º, inciso II, alíneas "a", "b" e "c", da Lei n° 8.137/90), fraude ao caráter competitivo da licitação (art. 90 "caput" da Lei n° 8.666/93) e por fraude em prejuízo da Fazenda Pública (art. 96, incisos I e V, da Lei n° 8.666/93)* (fl. 901).

Nas razões recursais, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, alega-se negativa de vigência dos arts. 41 e 395, III, do Código de Processo Penal, 96, I e V, e 90, *caput*, ambos da Lei 8.666/93, e 4º, II, *a, b* e *c*, da Lei 8.137/90.

Alega que, embora o acórdão *contenha frases genéricas sobre todos os crimes narrados na inicial acusatória, concretamente só falou mesmo dos crimes referidos nos arts. 4° da Lei 8.137/90 e 90 da Lei 8.666/93, não, porém, do relativo ao art. 96 do último diploma* (fl. 904), razão pela qual deve ser reconhecida a inépcia da denúncia quanto ao último delito por ausência de descrição das elementares do tipo penal.

Argumenta que, por se tratar de delito material, exige-se para o resultado naturalístico consistente no efetivo prejuízo para à Administração.

Aduz a atipicidade do crime de cartel, o qual *somente estará com a formação do acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertastes, que tenha a possibilidade concreta de alcançar os fins previstos nas alíneas a, b e c* (fl. 923). No entanto, *a própria inicial acusatória revela que os supostos "contatos anticompetitivos" travados entre os acusados não resultaram (ou mesmo visavam) o domínio do mercado de trens/metros, ou a eliminação da concorrência que atingisse todo o setor. O que a denúncia diz - e, portanto, é ao que se limita a acusação - é que os supostos ajustes fraudulentos objetivavam a adjudicação de 02 licitações, fato que, ainda que considerado verdadeiro para fins de argumentação, não configura o crime de cartel* (fl. 924).

Assevera, quanto ao art. 90 da Lei 8.666/93, que a denúncia *é destituída de qualquer viabilidade pelo simples desarranjo dos fatos* (fl. 928), porquanto os acordos nela narrados, que teriam sido firmados pelas empresas participantes com o fito de fraudar licitações, não ocorreram, ou porque não existiram, ou porque se restringiram apenas à fase de cogitação.

Requer o restabelecimento da decisão que rejeitou a denúncia com fundamento no art. 395, III, do CPP.

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso, ou, se conhecido, pelo improvimento.

Remetidos os autos para manifestação a respeito da ocorrência da prescrição quanto ao delito do art. 90 da Lei 8.666/93, o Ministério Público Federal quedou-se inerte.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.683.839 - SP (2017/0170283-0)

VOTO

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

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado, como incurso nos arts. 4º, II, *a, b* e *c,* da Lei 8.137/90, 90 e 96, I e V, ambos da Lei 8.666/93, *pela prática das infrações penais abaixo descritas, envolvendo os Procedimentos Licitatórios CPTM - Aquisição de 320 carros - Concorrência Internacional n° 3834722011 e aquisição de 64 carros - Concorrência Internacional n° 8057822011; ambos da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos; em cartelização conhecida como price-fixing, bid-rigging, e market sharing, em detrimento da concorrência, da rede de empresas, formando um CARTEL DE TRENS E MATERIAIS FERROVIÁRIOS* (fl. 4).

Rejeitada a denúncia, foi interposto recurso em sentido estrito, o qual foi provido para receber a inicial acusatória. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

A decisão que rejeitou a denúncia encontra-se assim fundamentada (fls. 666/671):

> *Posto isto, rejeito a denúncia.*
>
> *Imputa-se aos denunciados a prática da conduta criminosa descrita no artigo 4º, inciso II, alíneas a, b e c, da Lei n.° 8.137/90, artigo 90, caput, e 96, inciso I e V, ambos da Lei n.° 8.666/93, nos termos do artigo 69, caput; do Código Penal.*
>
> *No entanto,* ***padece a denúncia de justa causa para propositura de ação penal, eis que não há o mais leve indício de ocorrência de crimes****.*[4]
>
> *Senão vejamos:*
>
> ***A suposta cartelização praticada pelos denunciados, visando a elevação artificial de preços para fornecimento e instalação de sistemas para transporte ferroviário, reproduzida nos e-mails transcritos às fls. 16/18 e 24/26 não passou de uma conversa inócua, desprovida de qualquer potencialidade lesiva****.*
>
> *Ora,* ***a conversação entre dois dos participantes do processo concorrencial não criou nenhuma situação temerária, capaz de propiciar a dominação do mercado com a eliminação da concorrência que, nem de longe, foi obstaculizada****.*
>
> *Consigne-se, ainda, que foi facultado aos participantes da concorrência, atuarem de forma consorciada, assim, as conversações entre os acusados podem muito bem ser traduzidas como tratativas que antecedem a formação de um consórcio. Por que não? E se posteriormente desistiram de tal intuito, não significa que objetivavam, ab initio, uma cartelização.*
>
> *Nesse diapasão:*
>
> *Esses ajustes ou acordos devem ter, portanto, a potencialidade*

de levar a eliminar a concorrência, bem fundamental para o mercado e a Ordem Econômica, dando causa, também, a um resultado no mundo fenomênico, qual seja, a geração de uma situação perigosa à manutenção da livre concorrência. (JÚNIOR, Miguel Reale - Direito penal econômico e da empresa: Direito penal econômico / PRADO, Luiz Regis. DOTTI, René Anel organizadores - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. - (Coleção doutrinas essenciais; p. 1100).

Conclui-se, daí, que ***o autor pretende criminalizar uma ação que não passou de fase de pontuação de um possível consórcio ou, ainda, de uma cogitatio absolutamente ineficaz****. A antijuridicidade da conduta praticada não se resume à mera contrariedade com a norma penal vigente. Exige-se mais. Exige-se que a conduta tida como típica ofenda àquilo que o legislador tencionava proteger quando de sua criação. Não ocorrendo esta ofensa, não se há falar em ocorrência do crime.*

Cabe-nos perquirir, portanto, sobre a possibilidade de afetação do bem protegido, sobre a lesão ou perigo concreto de lesão que a conduta supostamente praticada pode gerar, pois a simples presunção de "perigo" não caracteriza os crimes aqui discutidos.

Ressalte-se, também, que o próprio processo licitatório pela sua natureza, dificulta, quando não obsta, a formação de cartéis, ou seja, ele por si só é um instrumento apto a proteger a livre concorrência, objeto jurídico tutelado pela norma em comento, nomeadamente quando de âmbito internacional, como ocorrente neste caso.

Veja, a cartelização pressupõe a convergência de esforços de todos os participantes de modo a impedir que a Administração Pública alcance seu objetivo final, qual seja: a melhor proposta. No caso em tela, não é o que se depreende da denúncia e documentação anexa.

A mais absoluta liberdade no processo licitatório e, por que dizer concorrencial, verificou-se, tanto que o certame foi vencido por empresa estranha ao pseudo cartel.

Acresça-se a isto tudo, que o acordo de leniência celebrado pela Siemens LTDA e Siemens AG, também não se reveste de relevância necessária, já que não se extrai dele prova alguma da existência de crime, até porque "...por meio deste pacto, a União oferece a extinção da ação punitiva da Administração ou a redução da pena a ser aplicada pelo CADE, bem como a extinção da punibilidade quando a infração também constituir crime contra a Ordem Econômica, em troca da confissão da interessada e de sua colaboração no fornecimento de provas capazes de condenar os demais coautores." (MAZUCATTO, Paolo Zupo. Direito Penal Econômico e da Empresa: Direito Penal Econômico - PRADO, Luiz Regis. DOTT1, René Ariel organizadores - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 1112) Ora, da lição decorre que o acordo de leniência não é indicativo absoluto da ocorrência de crime, podendo ocorrer tão somente para evitar penalização no âmbito administrativo.

No tocante às condutas criminosas descritas nos artigos 90, caput, e 96, incisos I e V, ambos da Lei n.° 8.666/93, a denúncia também deve ser rejeitada.

***O acordo supostamente praticado pelos denunciados não produziu nenhum efeito no processo licitatório. Os acusados perderam as duas licitações das quais participaram e o objeto adjudicado foi atribuído à empresa licítante vencedora e, nas que eventualmente venceram, foi porque ofertaram o menor preço**. Ademais, **todas as imputações feitas contra o ofertante vencedor restaram infrutíferas, inexistindo, portanto, qualquer ameaça concreta ao certame realizado**. As empresas tidas como formadoras do cartel, tentaram de todas as formas anular o tanto se socorreram das vias judicias, porém não lograram êxito.*

Para a caracterização dos crimes imputados aos denunciados é imprescindível a demonstração efetiva de que a conduta por eles praticada foi revestida de concretude suficiente, capaz de possibilitá-los a alcançar o objeto almejado. No caso em tela, isto não se verifica, eis que absolutamente inócuas, ainda mais em se tratado de concorrência internacional.

***Não é porque duas concorrentes sabem os valores que proporão em uma licitação é que haverá crime, nomeadamente quando, os demais concorrentes ofertarem aquilo que entenderem adequado**. Esta situação, em hipótese alguma, caracteriza o crime de fraude a licitação.*

Em suma, não basta a conduta adequar-se à descrição típica para que haja crime. É necessário que ela tenha potencialidade para ofender o bem jurídico que a norma penal pretende proteger. Veja-se, a propósito, a bem lançada lição de Romeu Salles Júnior, "Define-se antijuridicidade, sob o aspecto formal, como oposição a uma norma legal; e, sob o aspecto material como contrariedade do fato às condições de vida social, tendo em conta a tarefa do Estado de proteger pela norma bens essenciais (SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. Curso Completo de Direito Penal - São Paulo: Ed. Saraiva, 4ª edição, revista e aumentada 1995, p. 18).

A essência da questão é muito bem tratada por Welzel quando afirma "a antijuridicidade certamente não é um juízo, mas uma qualidade de desvalor, que o comportamento, por força de sua contradição com a ordem jurídica (grifo nosso) possui O juízo de valor que o juiz realiza, apenas constata essa relação contraditória" ou a afasta.

Pelo exposto, rejeito a denúncia nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Narra a denúncia que o recorrente, na qualidade de Gerente Geral da empresa Hyundai-Rotem, atuou, em conluio com os denunciados representantes das demais empresas, *a partir do mês de setembro de 2007 – em relação ao Projeto CPTM para aquisição de 320 e mais 64 carros, adiante explicado, 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 (fl. 5), encontrando-se os fatos integralmente descritos às fls. 4/28, abaixo sintetizados:

> *Da análise dos autos referidos, toma-se conclusivo que as referidas empresas, pelos respectivos denunciados, nos documentos dos autos e dos respectivos apensos, em irrebatível análise econômica das evidências e das provas (economic analysis); a partir do mês de setembro de 2007 -* ***em relação ao Projeto CPTM para aquisição de 320 e mais 64 carros****, adiante explicado, 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.***
>
> *Previamente ajustados e com unidade de propósitos, os denunciados, e eventualmente outros não identificados, agindo em nome e para vantagem das empresas que representavam,* ***reuniam-se e/ou comunicavam-se por diversos meios, para dividir entre eles os objetos das Concorrências Internacionais n°s 3834722011 e 8057822011 da CPTM com os respectivos contratos administrativos n°s STM/002/2008 e STM/002/09, que deveriam ser destinados 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, deles tentaram se "assenhorar", direcionando as licitações. Através de acordos fraudulentos, tentaram direcionar os consórcios, vencedor/perdedor, este com propostas pro-forma, procuraram dividiram o mercado e os preços finais superfaturados, 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 tentaram fraudar, mediante ajuste e combinação, o caráter competitivo dos referidos procedimentos licitatórios 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 - CPTM - Companhia Paulista de Trens Metropolitanos. A****inda nesse contexto, os denunciados, representando as respectivas empresas, fraudaram, em prejuízo da Fazenda Pública, licitações instauradas para aquisição e/ou venda de bens ou mercadorias, e os contratos delas decorrente, elevando arbitrariamente os preços e tomando, com suas condutas em Cartel, mais onerosas as propostas e as execuções dos contratos.*** *(Crimes contra a administração pública).*
>
> *Formaram, assim, um Oligopólio em conluio - CARTEL DE TRENS E MATERIAIS FERROVIÁRIOS;*
>
> *I. Síntese do histórico de conduta descrito 110 acordo de*

leniência

Acordo: Siemens, Alstom, Mitsui e Hyundai-Rotem coordenaram sua participação em dois processos licitatórios: Aquisição de 320 carros e 64 carros pela CPTM, ***Houve contatos anticompetitivos entre Siemens e o Consórcio Alstom-Mitsui-Rotem.***

Resultado: O Consórcio Alstom-Mitsui-Rotem planejou vencer a licitação para fornecimento de 320 carros; enquanto a Siemens, a licitação seguinte, para fornecimento de 64 carros. ***Ambos, o Consórcio Alstom-Mitsui-Rotem e a Siemens se subcontratariam mutuamente para fornecimento de materiais.*** *A CAF, entretanto, venceu ambas.*

Os contratos anticompetitivos ocorreram nos projetos CPTM de aquisição de 320 e 64 canos e consistiram basicamente em:

1) Divisão das licitações entre concorrentes, isto é, a Alstom e a Siemens teriam acordado que a Alstom (em Consórcio com a Rotem) venceria a licitação dos 320 carros (e subcontrataria a Siemens) enquanto que a Siemens (em consórcio com a Mitsui) deveria vencer a licitação dos 64 carros (subcontratando a Alstom);

2) Tentativa de divisão do escopo da licitação após a apresentação das propostas comerciais, ou seja, a Siemens teria procurado a CAF, uma vez que a prosposta comercial desta empresa teria sido a melhor proposta apresentada, buscando uma subcontratação, em troca da desistência da Siemens de ação judicial interposta para desqualificar a CAF e

3)Suposta tentativa conjunta da Siemens e Hyundai-Rotem (empresa participantes de consórcios concorrentes) de desqualificar a CAF, para formar um novo consórcio entre essas duas empresas.

Síntese:

Inicialmente, Alstom e Siemens teriam combinado que a Alstom (juntamente com a Rotem) venceria a licitação dos 320 carros, enquanto a Siemens (juntamente com a Mitsui) venceria a licitação dos 64 carros. Devido ao curto prazo para apresentação da proposta, a Siemens AG decidiu pela não apresentação de proposta para o projeto de 320 carros. A Siemens Ltda, porém, resolveu apresentar uma proposta com altos valores para mitigar os riscos que o projeto envolvia, evitando, assim, o no show.

Após a abertura das propostas para o projeto dos 320 carros, verificou-se que a CAF havia apresentado a melhor proposta. Nesse sentido, a Siemens, que estava em segundo lugar, teria adotado duas ações (i) procurou negociar com a CAF a subcontratação da Siemens, e, em troca, a Siemens não iria propor recurso administrativo ou ação judicial contra a CAF; e (ii) a Siemens teria começado a negociar com a Hyundai-Rotem (que fazia parte do consórcio da Alstom) para, conjuntamente, as duas empresas tentarem desqualificar a CAF e, posteriormente, fornecerem um consórcio juntas.

Ao final, a CAF venceu a licitação e os recursos administrativo e judicial apresentados pela Siemens não foram bem sucedidos de forma que o contrato entre a CPTM e a CAF foi assinado em setembro de 2009, e a Siemens não foi subcontratada para este projeto. Quanto ao projeto dos 64 carros, a Siemens também não apresentou proposta. A licitação para este projeto também foi vencida pela CAF.

II - Relatório dos Procedimentos Licitatórios

II. 1. Concorrência Internacional n° 3834722011 da CPTM -Aquisição de 320 Carros

[...]

IV. Análise jurídica dos procedimentos licitatórios

As informações das Concorrências Internacionais n⁰ 3834722011 e 8057822011, da CPTM - Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, comparadas à descrição das condutas anticompetitivas no acordo de leniência, ***comprovam a ocorrência da prática dos crimes de formação de cartel e de fraudes às licitações praticados pelos denunciados, representantes das empresas Siemens Ltda. ("Siemens"), Alstom Brasil Energia e Transporte Lida. ("Alstom"), Mitsui & CO Ltd ("Mitsui"), e Hyundai-Rotem Company ("Rotem-Hyundai").***

O "histórico de conduta" anexo ao acordo de leniência descreve que, nos anos de 2007 e 2008, ***estas empresas, através dos seus representantes os denunciados realizaram acordos anticompetitivos, comunicando-se de várias formas, mas especialmente através dos emails (cópias dos e-mails anexas) e frustraram a concorrência dos dois procedimentos licitatórios da CPTM mencionados para que para que, mediante prévia divisão das licitações, todas obtivesse vantagens decorrentes da adjudicação dos objetos licitados****.*

Esses fatos criminosos foram confirmados nas análises, conjunta e isolada, dos procedimentos licitatórios n°s 3834722011 e 8057822011, da CPTM - Companhia Paulista de Trens Metropolitanos.

Da análise conjunta, constatou-se que as empresas cartelarizadas, pelos denunciados, aproveitaram a execução das duas licitações em período próximo, aproximadamente 07 meses entre as publicações dos editais de ambas, para dividirem criminosamente os projetos da CPTM.

Cientes que a CPTM iria realizar duas licitações para aquisição de trens, as empresas Siemens, Alstom, Mitsui e Hyudai-Rotem tiveram oportunidade para eleger quais seriam as vencedoras e as subcontratadas, sem concorrência entre elas, de forma que todas fossem contempladas com parcela dos projetos.

Essa divisão foi possibilitada pelo "vazamento" - ilícito - de informações sensíveis sobre o procedimento licitatório do "Projeto 64 Carros" por parte de integrantes da CPTM, em circunstâncias não esclarecidas, considerando que a Siemens discutiu a divisão desse projeto cerca de 07 sete meses antes da publicação do respectivo edital39.

Na análise específica do procedimento licitatório n° 3834722011 ("Projeto 320 Carros"), as informações do acordo de leniência também foram confirmadas.

De fato, as empresas Alstom, Mitsui e Rotem-Hyundai concorreram em consórcio, denominado Novotrem, e as empresas Siemens e CAF disputaram isoladamente, conforme e-mail enviado por integrantes da Siemens, transcrito no histórico de conduta do acordo de leniência .

Nas primeiras negociações do cartel, as empresas haviam acordado que a Alstom e a Rotem-Hyundai formariam o consórcio; porém, avançadas as tratativas, especialmente com a desistência da Siemens AG da disputa, estabeleceram que o consórcio seria composto por Alstom, Mitsui e Rotem-Hyundai.

O acordo anticompetitivo visava que Alstom, Mitsui e Rotem-Hyundai (Consórcio Novotrem) vencesse a disputa, enquanto a Siemens seria subcontratada.

Embora não interessada na vitória e sob promessa da subcontratação pelo Consórcio Novotrem, a Siemens apresentou documentos e propostas neste procedimento licitatório.

A conduta dos integrantes da Siemens revelou nítida intenção de falsear a concorrência e dar "cobertura" às empresas que venceriam a disputa, especialmente para conferir, tão somente, aparência de disputa e neutralizar eventuais ataques de empresas não alinhadas ao cartel (Bid Rigging).

Essa proposta "pro-forma" de cobertura da Siemens, característica manobra anticompetitiva, foi constatada, acima de tudo, pelo valor da proposta apresentada, muito acima das concorrentes, sendo 40% sobre o valor da CAF e 31% sobre o valor do Consórcio Novotrem.

Trata-se de cenário não afetado pela classificação final da Siemens, no segundo lugar da licitação, já que, conforme mencionado no acordo de leniência, as empresas não sabiam ao certo, quais seriam as conseqüências do cálculo dos impostos e da margem de preferência no resultado final do certame.

Restou evidenciado, pois, que a Siemens não disputou efetivamente a licitação.

Com a publicação desse resultado, o acordo de leniência descreve que a Siemens cogitou duas estratégias para que o cartel vencesse a disputa: a adoção de medidas para desclassificação da CAF ou a negociação de parcela do projeto com a CAF, em troca da não impugnação da classificação deste.

Constatou-se, na análise do procedimento licitatório, que a Siemens escolheu a primeira opção, consistente na tentativa de desclassificação da CAF, tendo em vista que recorreu administrativamente contra o resultado do certame.

Essa tática, entretanto, não obteve sucesso, uma vez que a Comissão de Licitação negou provimento ao recurso administrativo da

Siemens, mantendo a vitória da CAF na licitação.

Dessa forma, os denunciados, representantes da Siemens, Alstom, Mitsui e Hyudai-Rotem executaram conduta anticoncorrencial no procedimento licitatório n° 3834722011 ("Projeto 320 Carros") da CPTM, mas não conseguiram obter a adjudicação do objeto da licitação, em virtude da intervenção da CAF, empresa não alinhada ao cartel.

Quanto ao procedimento licitatório n° 8057822011 ("Projeto 64 Carros"), o acordo de leniência mencionou que representantes da Siemens realizaram contatos para celebração de acordo anticompetitivo com a Alstom, Mitsui e Rotem-Hyundai.

No âmbito do cartel, a Siemens postulou a vitória no "Projeto 64 Carros", em troca da derrota no "Projeto 320 Carros", reservado para o consórcio formado pelas empresas Alstom, Mitsui e Rotem-Hyundai.

Entretanto, este acordo anticompetitivo não foi implementado no procedimento licitatório n° 8057822011, tendo em vista a desistência da Siemens em disputar o 'Trajeto 64 Carros", sem, ao menos, apresentar documentos e propostas.

A disputa restringiu-se às empresas CAF - Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. e Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda., sagrando-se vencedora a primeira, com diferença considerável entre os valores das propostas comerciais (R$ 70.430.927,86).

Dentre as provas colhidas nos autos, selecionamos alguns e-mails, relatórios e comunicações internas:

[...]

E-mail enviado por Alexander Flegel para Woo Dong Ik:

> *[...] 64 carros da CPTM (São Paulo). Tanto quanto é do meu conhecimento, o anúncio público deste projeto aconteceu em março. Estaríamos muito interessados em participar com a Rotem. Em relação a este projeto, lembrei-me de sua gentil pergunta, se queremos cooperar no projeto de 320 carros da CPTM. Pensando nisto, seria adequado tentar desqualificar a CAF (que são neste momento a licitante n° 1 para o projeto de 320 carros da ÇPTM) e combinar ambos os projetos e ganhar a concorrência com a Rotem e a Siemens juntas. [...]*

E-mail enviado por Woo Dong Ik para Alexander Flegel (Resposta):

> *[...] Em relação aos projetos brasileiros e de Cingapura mencionados neste texto, o Sr. C.H. Toh ou meus colegas que pertencem à equipe para o exterior farão mais contatos com o senhor mais cedo ou mais tarde. [...] Reconfirmo a reunião acima principalmente com base em agenda paa os projetos relacionados abaixo e quaisquer outras oportunidades de negócio.*

Confirmado, assim, que as empresas Siemens, Alstom, Mitsui e Hyundai-Rotem realizaram acordo anticoncorrencial nas Concorrências Internacionais nº 3834722011 e 8057822011 da CPTM, mas não obtiveram

sucesso na adjudicação dos objetos contratuais de ambos procedimentos licitatórios("Projeto 320 Carros" e "Projeto 64 Carros"), em razão da concorrência da CAF, empresa não alinhada ao cartel.

V - Conclusão

Diante desse quadro, ***concluiu-se que há evidências graves, precisas e concordantes da prática dos crimes previstos nos artigos 90 da Lei 8.666/93, e no artigo 4º da Lei 8137/90, pelos denunciados, integrantes das empresas referidas, juntamente com indivíduo(s) não identificado(s), da Mitsui.***

Assim é que, conluiadas, estas empresas, por intermédio dos seus representantes ora 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 os Procedimentos Licitatórios referidos da CPTM; 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 4º II "a", "b" e "c" da Lei n° 8.137/90 (crime contra a ordem econômica)-, e também como incursos nas penas dos artigos 90 "caput" e 96 I e V da Lei n° 8.666/93 (crimes contra a administração pública) - crimes também consumados; c.c. ártico 69 "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.

Sustenta o recorrente inépcia da inicial acusatória ao argumento de que (a) o crime do art. 96 da Lei 8.666/93 exige a demonstração de resultado naturalístico consistente em efetivo prejuízo para a Administração, por se tratar de delito material; (b) os acordos narrados, que teriam sido firmados pelas

empresas participantes, com o fito de fraudar licitações, não ocorreram, ou porque não existiram, ou porque se restringiram apenas à fase de cogitação; (c) *os supostos contatos anticompetitivos travados entre os acusados não resultaram (ou mesmo visavam) o domínio do mercado de trens/metros, ou a eliminação da concorrência que atingisse todo o setor*, pois, conforme delimitado pela acusação, referiam-se à adjudicação de duas licitações, fato que não configura o crime de cartel.

O voto condutor fundamentou o recebimento da denúncia (fls. 873/878):

> *Com efeito,* ***a rejeição da denúncia não foi acertada*** *- e aqui, visto isso, como acima referido, não se verifica necessidade de análise sobre o momento de sua rejeição na Primeira Instância. Através de uma análise atenta e minuciosa dessa peça inicial acusatória, verifica-se que o órgão da acusação, após uma meticulosa e esmiuçada investigação sobre fatos e condutas, tendo formado a oppinio delicti, diante do que constava nos documentos acostados aos autos, confrontados com os dizeres legais dispostos na tipificação dos crimes imputados aos denunciados (cf. fls. 02127), narrou o fato considerado criminoso, com todas as suas circunstâncias, ressaltando, a final, que os denunciados deveriam responder pela acusação das práticas dos crimes contra a ordem econômica e contra a administração pública.* ***A peça inicial de acusação, como se vê, obedeceu, à risca, o enunciado do artigo 41 do Código de Processo Penal. As condições da ação penal estão presentes e concorrentes.*** *Cabia, então, o efetivo recebimento da denúncia, para que a instância penal se instaurasse, com regularidade, eis que há indícios de autoria da infração penal atribuída ao recorrido.*
>
> ***A autoria e a materialidade dos delitos restaram apuradas na fase do Procedimento Investigatório Criminal (cf. cópias juntadas). E o lúcido e alentado parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, oferecido nos autos do mencionado Recurso em Sentido Estrito n° 0042111-58.2014.8.26.0050, bem aponta nessa direção, pois, "...já no despacho de fls. 530 dos autos, o MM. Juiz referiu expressamente que "Pelos documentos juntados aos autos, há evidências da formação de cartel entre as empresas apontadas na denúncia visando, pelo menos a elevação artificial de preços praticados em licitações promovidas por órgãos públicos estaduais.*** *Tais indícios permitem que se estabeleça a relação jurídico-processual. ..."* ***Insta acentuar ser entendimento pacífico o de ambos os crimes - de formação de cartel e fraude à licitação - são formais, não se exigindo a efetiva burla à concorrência, bastando entabulação de acordos visando a fraude à concorrência, ainda que essa, efetivamente, não chegue a termo" (cf. fls. 769/770). O artigo 4º, inciso II, da Lei n° 8.137/1990, diz que o crime se constitui quando o convênio visa determinado objetivo; e o artigo 90 da Lei n° 8.666/1993, diz que o delito se constitui quando o ajuste (entre os agentes) frauda o caráter competitivo da licitação com o objetivo de obter vantagem. Ou seja, são crimes formais, repita-se. Nesse momento,***

não há necessidade de entrarmos no mérito das condutas.

Continuando, o Nobre Procurador oficiante escreve:- "Ademais, as condutas delituosas dos denunciados, incluída a do recorrido, foram suficientemente delineadas na peça acusatória, não havendo que se exigir mais do que foi apresentado, até porque, nesta fase, ***vigora o princípio do in dúbio pro societate"*** *(cf. fl. 774).*

A questão relativa ao "acordo de leniência" celebrado pela empresa Siemens, de fato 'não é indicativo absoluto da ocorrência de crime, podendo ocorrer tão somente para evitar penalização no âmbito administrativo" *(grifo nosso - cf. fl. 714), mas não é um indício, e forte, da ocorrência de crime? E como acima já ressaltado, nessa fase ainda vigora o in dúbio pro societate.*

A troca de e-mails relatada, narrada e copiada na denúncia (cf. fls. 16/18 e 23/25), também não é prova absoluta da intenção da prática de cartel pelos acusados, mas não podemos apenas entender tais conversas como uma "cogitatio absolutamente ineficaz" (cf. fl. 713), pois, aqui, também entendemos que se trata de um dos indícios do cometimento de delitos contra a ordem econômica e contra a administração pública.

Assim, observa-se que ***os fatos e condutas descritos na pormenorizada inicial acusatória, em princípio, constituem os delitos previstos no artigo 4º, inciso II, "a", "b" e "c", da Lei n° 8.137/1990, e nos artigos 90, "caput", e 96, incisos I e V, ambos da Lei n° 8.666/1993, em concurso material****; os* ***quais devem ser apurados, regularmente, pois há claros e irrefutáveis indícios de sua materialidade e autoria. Em uma análise perfunctória do procedimento investigatório, inicialmente, não há como se concluir pela inexistência desses delitos****.*

Como se vê, havia justa causa para a persecução em juízo.

Imprescindível o recebimento da denúncia e a instauração da instância penal.

No decorrer da instrução criminal, assegurados o contraditório e a ampla defesa, serão colhidas as provas, que serão analisadas e valoradas por ocasião da oferta da prestação jurisdicional.

A decisão recorrida, data venia, valorou, inadequadamente, em momento não oportuno, o mérito da ação, o que é inadmissível. *Os argumentos expostos ali, embora respeitáveis, não devem subsistir.* ***A certeza, ou não, da responsabilidade penal do recorrido e dos outros denunciados, só será alcançada depois de terminada a instrução criminal****, pois, do mesmo modo como não se aceita condenação precipitada, desrespeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, também não se aceita absolvição prematura. Nesse passo, data maxima venia, toda a argumentação do Ilustre Magistrado a quo, seja na decisão atacada, seja no despacho que a manteve, não pode prevalecer.*

A acusação se propôs, ao oferecer a alentada denúncia, demonstrar, durante a instrução criminal, que houve a prática de crimes, com todos os seus contornos. Como já se ressaltou, houve estrita observância do

que vem disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal. Logo, ***era incabível a rejeição, de plano - ainda que já apresentada defesa escrita -, da peça acusatória, sem dar à Justiça Pública a oportunidade de produzir a prova que confirmasse a acusação, não se deslembrando que, ao mesmo tempo, dar-se-ia à defesa o seu pleno exercício, assegurando-se os postulados constitucionais já referidos.*** *Portanto, a conduta do recorrido, em tese, é típica e antijurídica, sendo inviável coarctar, de pronto, a atividade persecutória, promovida, legitimamente, pelo Ministério Público, eis que há dados perceptíveis da viabilidade da propositura da ação penal.*

[...]

O Ilustre Juiz a quo, com a devida vênia, entendeu que os fatos e condutas ora apreciados não constituem infrações penais, porque, em síntese, não continham "qualquer potencialidade lesiva", não existiu nenhuma "antijuridicidade" nas condutas, não houve "lesão ou perigo concreto de lesão' ao bem jurídico protegido pela lei, e os acordos em tese firmados entre os acusados não produziram "nenhum efeito no processo licitatório'-, ou seja, não houve "concretude suficiente" nas condutas (cf. fls. 711/716). Mas, como acima já disposto, não cabe aqui adentrar no mérito da causa, o qual deverá ser melhor apurado durante a instrução criminal.

Por fim, destaca-se, novamente, que houve, inegavelmente, antecipação indevida da análise do mérito, coarctando a atuação do Ministério Público, titular da ação penal.

Assim, não obstante os respeitáveis argumentos do Digno Magistrado que proferiu a decisão, em Primeira Instância, o reclamo ministerial, reforçado em Segunda Instância, há que ser acolhido e em conseqüência o recurso interposto deve ser provido.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso ministerial, para receber a denúncia oferecida, também contra Woo Dong Ik, devendo o feito prosseguir, regularmente, até final julgamento.

Inicialmente, verifico a existência de questão prejudicial ao mérito, em relação do delito do art. 90 da Lei 8.666/93, em razão da superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, que ora a declaro com fundamento no art. 61 do CPP.

O delito do art. 90 da Lei 8.666/93 prevê a pena máxima em abstrato de 4 anos de reclusão.

Nos termos do art. 109, IV, do CP, prescreve em 8 anos a pretensão punitiva estatal, se o máximo da pena é superior a 2 anos e não excede a 4.

Assim, transcorrido lapso temporal superior a 8 anos desde a data dos fatos em 2/5/2008, data do recebimento e abertura dos documentos e propostas da última licitação (f. 16), até a data do recebimento da denúncia, em 30/6/2016, configura-se a perda da pretensão punitiva estatal, porquanto os fatos são anteriores à Lei

12.234/2010.

Passo, assim, ao exame dos demais delitos imputados ao recorrente: art. 96 da Lei 8.666/93 e art. 4º, II, *a*, *b* e *c*, da Lei 8.137/90.

A extinção da ação penal por falta de justa causa ou por inépcia formal da denúncia, situa-se no campo da excepcionalidade. Somente é cabível o trancamento da ação penal quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, da ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade.

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.

Dispõe o art. 96, I e V, da Lei 8.666/93:

> ***Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente :***
>
> *I - elevando arbitrariamente os preços;*
>
> *(...)*
>
> *V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:*
>
> *Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.*

O tipo penal do art. 96 da Lei 8.666/93, por se tratar de delito material, exige a ocorrência de resultado naturalístico, consistente no prejuízo à Fazenda Pública, que deve ser demonstrado na inicial acusatória, normalmente efetivado *no momento em que a Administração paga ao fornecedora fatura relacionada ao bem ou mercadoria fornecida* (Crimes na Lei de Licitações. FREITAS, André Guilherme Tavares de, 3. ed. RJ: Impetus, 2013).

Na presente ação penal, contudo, não há referência a efetivo prejuízo suportado pela Fazenda Pública. Segundo o acordo de leniência, reportado na inicial acusatória, as empresas Siemens, Alstom, Mitsui e o consórcio Hyundai-Rotem coordenaram a participação em dois processos licitatório para a aquisição de 320 carros e 64 carros pela CPTM. Os contatos anticompetitivos mencionados no acordo de leniência previam o seguinte (fl. 6):

> *Inicialmente, Alstom e Siemens teriam combinado que a Aistom (juntamente com a Rotem) venceria a licitado dos 320 carros, enquanto a Siemens (juntamente com a Mitsui) venceria a licitação dos 64 carros.* ***Devido ao curto prazo para apresentação da proposta, a Siemens AG decidiu pela***

não apresentação de proposta para o projeto de 320 carros. *A Siemens Ltda, porém, resolveu apresentar uma proposta com altos valores para mitigar os riscos que o projeto envolvia, evitando, assim, o no show.*

Após a abertura das propostas para o projeto dos 320 carros, verificou-se que a CAF havia apresentado a melhor proposta. *Nesse sentido, a Siemens, que estava em segundo lugar, teria adotado duas ações (i) procurou negociar com a CAF a subcontratação da Siemens, e, em troca, a Siemens não iria propor recurso administrativo ou ação judicial contra a CAF; e (ii) a Siemens teria começado a negociar cora a Hyundai-Rotem (que fazia parte do consórcio da Alstom) para, conjuntamente, as duas empresas tentarem desqualificar a CAF e, posteriormente, fornecerem um consórcio juntas.*

Ao final, a CAF venceu a licitação e os recursos administrativo e judicial apresentados pela Siemens não foram bem sucedidos de forma que o contrato entre a CPTM e a CAF foi assinado em setembro de 2009*, e* ***a Siemens não foi subcontratada para este projeto***. ***Quanto ao projeto dos 64 canos, a Siemens também não apresentou proposta. A licitação para este projeto também foi vencida pela CAF***

Logo adiante, no tópico **III Histórico dos fatos e descrição do crime de formação de cartel**, registrou a denúncia que a *Siemens e Hyundai-Rotem não conseguiram fraudar a licitação, mas formaram Cartel em acordos anticompetitivos* (fl. 22).

Já no capítulo **IV Análise Jurídica dos procedimentos licitatórios**, registra novamente o órgão acusatório que *os denunciados, representantes da Siemens, Alstom, Mitsui e Hyundai-Rotem executaram conduta anticoncorrencial no procedimento licitatório nº 3834722011 (Projeto 320 Carros) da CTPM, mas não conseguiram obter a adjudicação do objeto da licitação, em virtude da intervenção da CAF, empresa não alinhada ao cartel* (fl. 25).

Refere a denúncia, em outro trecho, que *a Siemens postulou a vitória no Projeto 64 Carros em troca da derrota no Projeto 320 Carros, reservado para o consórcio formado pelas empresas Alstom, Mitsui e Rotem-Hyundai. Entretanto, este acordo anticompetitivo não foi implementado no procedimento licitatório nº 8057822011, tendo em vista a desistência da Siemens em disputar o Projeto 64 carros, em, ao menos, apresentar documentos e propostas. A disputa restringiu-se às empresas CAF – Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. e Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda, consagrando-se vencedora a primeira* (fl. 25).

Assim, conforme registrou a própria decisão de rejeição da denúncia, *O acordo supostamente praticado pelos denunciados não produziu nenhum efeito no processo licitatório. Os acusados perderam as duas licitações das quais participaram e o objeto adjudicado foi atribuído à empresa licitante vencedora e, nas que*

eventualmente venceram, foi porque ofertaram o menor preço (fl. 669). Ausente, portanto, indicação ou demonstração do efetivo prejuízo causado à Fazenda Pública, mormente porque a empresa vencedora do certame não integrava o aludido cartel, efetivamente não há descrição de fato típico, sendo inepta a denúncia quanto ao delito do art. 96 da Lei 8.666/96.

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 duas licitações, uma para contratação de 320 vagões e a outra para aquisição de 64 vagões, consoante se extrai da inicial acusatória (fl. 18):

> *Entre 27 de setembro de 2007 e 1° de outubro de 2007, Nelson Branco Marqueti, diretor de transporte da Siemens relatou a Friedrich Smaxwill – membro do conselho regional da Siemens AG; que a Siemens* ***pretendia combinar com a Alstom, em conduta anticompetitiva sua participação nos preços de aquisição dos 320 e 64 carros. Ficou combinado que a Alstom venceria a licitação dos 320 carros e subcontrataria a Siemens para fornecer truques e inversores auxiliares. Em troca, na licitação seguinte dos 64 carros, a Siemens venceria e subcontrataria a Alstom. Na licitação dos 64 carros a Siemens teria a Mitsui como parceira de consórcio e a Rotem, parceira de consórcio da Alstom no processo licitatório dos 320 carros não participaria*** .

Dessa forma, as condutas tidas por anticompetitivas referiam-se exclusivamente a dois procedimentos licitatórios, 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.

Ademais, quanto ao elemento subjetivo previsto no tipo, *apesar de sua efetiva*

consecução, em linha de princípio, ser desnecessária, no caso do crime de formação de cartel, todavia, para que ocorra a consumação, será preciso que estas metas sejam implementadas (Tutela Penal da Ordem Econômica: O Crime de Formação de Cartel. São Paulo: Malheiros, 2008, p 213).

Consta da denúncia, no que se reporta à análise jurídica dos procedimentos licitatórios, que *No âmbito do cartel, a Siemens postulou a vitória no "Projeto 64 Carros", em troca da derrota no "Projeto 320 Carros", reservado para o consórcio formado pelas empresas Alstom, Mitsui e Rotem-Hyundai. Entretanto, este acordo anticompetitivo não foi implementado no procedimento licitatório n° 8057822011, tendo em vista a desistência da Siemens em disputar o 'Trajeto 64 Carros", sem, ao menos, apresentar documentos e propostas* (fl. 25).

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 mediatamente, 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).

Percebe-se, assim, a ausência de mínima descrição do efetivo prejuízo à Fazenda Pública exigido pelo art. 96 da Lei 8.666/93, uma vez que o bem licitado foi adjudicado a empresa estranha ao suposto cartel; do domínio de mercado exigido pelo art. 4º da Lei 8.137/90 para a caracterização do cartel e da demonstração de que as tratativas não ultrapassaram a fase de cogitação, devendo, portanto, ser restabelecida a decisão de rejeição da denúncia, com fundamento no art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, voto por declarar de ofício a extinção da punibilidade de WOO DONG IK, quanto ao delito do art. 90 da Lei 8.666/93, com fundamento no art. 109, IV, do CP, assim restando prejudicado no ponto seu recurso, e dar provimento ao recurso especial para restabelecer a decisão de rejeição da denúncia quanto aos demais delitos.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0170283-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.683.839 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00210000 00264357020148260050 00421132820148260050 20160000466411
20160000756785 210000 503/2014-2 50320142 RI002U1IG0000

PAUTA: 17/10/2017 JULGADO: 17/10/2017

Relator
Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	WOO DONG IK
ADVOGADOS	:	ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(S) - SP065371
		LUIZA A VASCONCELOS OLIVER - SP235045
		JOSE ROBERTO DIAS DE MOURA - SP000000
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	:	FRIEDRICH SMAXWILL
CORRÉU	:	LOTHAR DILL
CORRÉU	:	LOTHAR MULLER
CORRÉU	:	JOCHEN WIEBNER
CORRÉU	:	MARCO VINICIUS MISSAWA
CORRÉU	:	ALEXANDER FLEGEL
CORRÉU	:	DONG IK WOO

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. ALBERTO ZACHARIAS TORON, pela parte RECORRENTE: WOO DONG IK

CERTIDÃO

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

Após sustentação oral, pediu vista regimental o Sr. Ministro Relator. Aguardam os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0170283-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.683.839 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00210000 00264357020148260050 00421132820148260050 20160000466411
20160000756785 210000 503/2014-2 50320142 RI002U1IG0000

PAUTA: 17/10/2017 JULGADO: 12/12/2017

Relator
Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário
Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	WOO DONG IK
ADVOGADOS	:	ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(S) - SP065371
		LUIZA A VASCONCELOS OLIVER - SP235045
		JOSE ROBERTO DIAS DE MOURA - SP000000
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	:	FRIEDRICH SMAXWILL
CORRÉU	:	LOTHAR DILL
CORRÉU	:	LOTHAR MULLER
CORRÉU	:	JOCHEN WIEBNER
CORRÉU	:	MARCO VINICIUS MISSAWA
CORRÉU	:	ALEXANDER FLEGEL
CORRÉU	:	DONG IK WOO

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

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 regimental do Sr. Ministro Relator declarando de ofício a extinção da punibilidade, julgando prejudicado o recurso e dando provimento ao recurso especial, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz, a Sexta Turma, por unanimidade, declarou de ofício a extinção da punibilidade, julgou prejudicado o recurso e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.