



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
11ª VARA CRIMINAL
Av. Dr. Abraão Ribeiro, 313, 1º andar, sala 189 - Barra Funda
CEP: 01133-020 - São Paulo - SP
Telefone: (011) 2127-9021 - E-mail: Sp11cr@tjsp.jus.br

DESPACHO

Processo nº: **0026435-70.2014.8.26.0050 C. 503/14**
Classe – Assunto: **Procedimento Investigatório do Mp (Peças de Informação) - Crimes contra a Ordem Econômica**
Autor: **Justiça Pública**
Indiciado: **FRIEDRICH SMAXWILL e outros**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Rodolfo Pellizari**

Vistos, etc.

As questões de complexidade jurídica do caso em tela, já foram enfrentadas e dirimidas em autos similares, portanto, não mais se justifica aguardar a apresentação da defesa preliminar, postergando a apreciação da exordial acusatória.

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.º 8.137/90, artigo 90, *caput*, e 96, inciso I e V, ambos da Lei n.º 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.

Senão vejamos:

A suposta cartelização praticada pelos denunciados, visando elevação artificial de preços para fornecimento



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 11ª VARA CRIMINAL
 Av. Dr. Abraão Ribeiro, 313, 1º andar, sala 189 - Barra Funda
 CEP: 01133-020 - São Paulo - SP
 Telefone: (011) 2127-9021 - E-mail: Sp11cr@tjsp.jus.br

e instalação de sistemas para transporte ferroviário, reproduzida nos e-mails transcritos à 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 Ariel organizadores – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais; v. 2, 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.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
11ª VARA CRIMINAL
Av. Dr. Abraão Ribeiro, 313, 1º andar, sala 189 - Barra Funda
CEP: 01133-020 - São Paulo - SP
Telefone: (011) 2127-9021 - E-mail: Sp11cr@tjsp.jus.br

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 não 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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 11ª VARA CRIMINAL
 Av. Dr. Abraão Ribeiro, 313, 1º andar, sala 189 - Barra Funda
 CEP: 01133-020 - São Paulo - SP
 Telefone: (011) 2127-9021 - E-mail: Sp11cr@tjsp.jus.br

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. DOTTI, 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.º 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 licitante vencedora e, nas que eventualmente venceram, foi porque ofertaram o menor preço. Ademais, todas as impugnações 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 certame que perderam e para tanto se socorreram das vias judiciais, porém não lograram êxito.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 11ª VARA CRIMINAL
 Av. Dr. Abraão Ribeiro, 313, 1º andar, sala 189 - Barra Funda
 CEP: 01133-020 - São Paulo - SP
 Telefone: (011) 2127-9021 - E-mail: Sp11cr@tjsp.jus.br

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 possibilita-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 propõem 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 a 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 e 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*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
11ª VARA CRIMINAL
Av. Dr. Abraão Ribeiro, 313, 1º andar, sala 189 - Barra Funda
CEP: 01133-020 - São Paulo - SP
Telefone: (011) 2127-9021 - E-mail: Sp11cr@tjsp.jus.br

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.

São Paulo, 15 de outubro de 2014.

RODOLFO PELLIZARI

Juiz de Direito