



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
7ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

SENTENÇA

Processo Físico nº: **0026495-43.2014.8.26.0050**
 Classe - Assunto: **Procedimento Investigatório do Mp (Peças de Informação) - Crimes contra a Ordem Econômica**
 Autor: **Justiça Pública**
 Indiciado: **PETER RATHGEBER e outros**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Benedito Roberto Garcia Pozzer**

Vistos.

PETER RATHGEBER, ROBERT HUBER WEBER, HERBERT HANS STEFFEN, RAINER GIEBL, JOSÉ ANIORTE JIMENEZ, PAULO JOSÉ DE CARVALHO BORGES JÚNIOR, EDUARDO CESAR BASAGLIA, GERALDO PHILLIPE HERTZ FILHO, ALBERT FERNANDO BLUM, MASSIMO GIAVINA-BIANCHI, MASAO SUZUKI e MURILO RODRIGUES DA CUNHA foram denunciados por infração aos art. 4º, inc. II, "a", "b", e "c", da Lei nº 8.137/90, e nas dos art. 90, "caput", e 96, inc. I e V, da Lei nº 8.666/93, ambos combinados com o art. 69, "caput", do Código Penal.

Denunciados, porque no período de 04 de novembro de 1999, até 30 de setembro de 2010 – data prevista para encerramento do contrato –, formaram cartelização para fixação de preços artificiais, proposta pro-forma e divisão de mercados no Procedimento Licitatório Internacional nº 83578 – Projeto Linha 5 do Metrô de São Paulo – da CPTM, Companhia Paulista de Trens Metropolitanos.

O Ministério Público requer as prisões preventivas dos cinco primeiros denunciados – Peter, Robert, Herbert, Rainer e José Aniorde – para assegurar a aplicação da lei penal, são estrangeiros, residem no exterior, não foram localizados, nem responderão ao processo criminal; e, pela garantia da ordem pública econômica, pressuposto cautelar criado em especial para as infrações tipificadas na Lei nº 8.137/90, aos principais articuladores do cartel imputado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
7ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

É o breve relatório.

D E C I D O.

Julgo extinta a punibilidade dos denunciados e rejeito a denúncia.

Para recebimento da denúncia inevitável a verificação da justa causa para a propositura da ação penal, entendida também como probabilidade de sucesso da acusação, para que não se imponha aos denunciados os gravames decorrentes da liturgia do processo penal, concretizado já com as citações. Dispensável, pois, para esta decisão inicial, aguardar-se as respostas preliminares, por se tratar de matéria de ordem pública é prescindível a provocação dos acusados.

Analiso, portanto, e primeiro, a extinção da punibilidade.

O ilustre Promotor de Justiça, na cota de apresentação da denúncia, no item 8, de fls. 570 sustenta a natureza formal do crime de formação de cartel, consumado com o mero ajuste, mesmo que as empresas depois não consigam praticar os preços combinados. No entanto, se alcançam a efetivação do contrato administrativo, o crime de formação de cartel perdura durante toda a execução do contrato, em caráter permanente.

Sempre com o merecido respeito entendo haver contradição interna nessa afirmação, pois um mesmo crime não pode ser formal se tentado e material, de efeitos "permanentes", caso consumado. E para verificar essa classificação realizada é preciso revisitar conceitos de "crimes instantâneos"

Anibal Bruno nos ensina: "Há crimes em que o fato que constitui a consumação se cumpre num só instante e aí mesmo se esgota. Não há continuação do momento consumativo. São os crimes instantâneos. Pode a ação desdobrar-se através de uma sequência de momentos distintos, mas a consumação é um instante só, sem continuidade no tempo. (...) É o momento da consumação que dá o caráter instantâneo ao fato criminoso. Pode a situação por ele criada prolongar-se depois da consumação, como acontece no furto. Mas aí o que é permanente é o efeito, não a fase da consumação. Fala-se, então, em crime instantâneo de efeito permanente."



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
7ª VARA CRIMINAL
AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

E distingue: "Nos crimes permanentes, o momento da consumação não se esgota num só instante, prolonga-se por um período mais ou menos dilatado. Em todo esse período o crime se encontra em estado de consumação. Diferem dos crimes instantâneos de efeito permanente, porque nestes é o efeito que persiste, naqueles é o próprio momento consumativo. É o caráter que nos apresentam, por exemplo, o sequestro, o cárcere privado, a redução à condição análoga de escravo, o fato de manter casa de prostituição ou de exercer o curandeirismo. A consumação continua indefinidamente, até um ato do agente ou qualquer outra circunstância o faça cessar" ("Direito Penal", Parte Geral, Tomo 2º, Forense, Rio de Janeiro, 1967, pág.220-1).

Mais recentemente Cezar Roberto Bitencourt ensina: "Crime instantâneo é o que se esgota com a ocorrência do resultado. Segundo Damásio, é o que se completa num determinado instante, sem continuidade temporal (lesão corporal). Instantâneo não significa praticado rapidamente, mas significa que uma vez realizados os seus elementos nada mais se poderá fazer para impedir sua ocorrência. Ademais, o fato do agente continuar beneficiando-se com o resultado, como no furto, não altera a qualidade de instantâneo"

E explica a diferença: "Permanente é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro). Crime permanente não pode ser confundido com crime instantâneo de efeitos permanentes (homicídio, furto), cuja permanência não depende da continuidade da ação do agente" ("Tratado de Direito Penal", Parte Geral, V. 1, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.147-8).

Desses conceitos é possível inferir que se ocorre o ajuste – momento de consumação desse crime instantâneo –, mas não elevação de preços o crime de formação de cartel está consumado e, se do ajuste houve efetivo aumento de preços, trata-se de mero exaurimento do crime já consumado.

O edital de pré-qualificação da Concorrência Internacional nº 835780 foi publicado em 02 de agosto de 1999 – quando já formado o cartel – e depois das demais fases administrativas exigidas para o certame, foi firmado em 10 de outubro de 2000 (fls. 264/305). Momento de consumação dos crimes



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA
 7ª VARA CRIMINAL
 AV. DR. ABRAÃO RIBEIRO, 313, São Paulo - SP - CEP 01133-020

imputados por infração à Lei nº 8.666/93, art. 90 e 96, porque a formação de cartel tipificada na Lei nº 8.137/90, antecedeu a contratação.

Os crimes, se é que foram cometidos, consumaram-se em momentos determinados, como todo delito instantâneo. Os delitos tipificados na Lei 8.137/90, art. 4º, inc. II e alíneas, aperfeiçoaram-se no momento do ajuste para formação do acordo, anterior ao certame; e os da Lei nº 8.666/93 se consumaram no instante de adjudicação do objeto da licitação, e não há relevância o aditamento previsto para prorrogações de prazo de execução. Autos do procedimento licitatório público e que sempre estiveram à disposição das autoridades com poder de fiscalização.

O contrato de adjudicação foi firmado em 10 de outubro de 2000, conforme constante de fls. 263/305, e só agora ofertada a denúncia. Extinta, portanto, a punibilidade dos agentes, pois a pena mais grave, de 3 a 6 anos de reclusão, cominada no art. 96, da Lei nº 8.666/93, prescreve em abstrato pela pena máxima cominada em 12 anos, com termo final em 09 de outubro de 2012.

Inaplicável pretender efeito retroativo à Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, norma de natureza material, aos crimes consumados no ano de 1999. Só retroagem as favoráveis, conforme preceito constitucional: art. 5º XL.

Ante o exposto, com fundamento no art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República, art. 61, art. 395, inc. III, c.c. art. 397, inc. IV, do Código de Processo Penal, c.c. art. 107, IV, 109, "caput" e inc. III, art. 111, inc. I, e 119, do Código Penal, pela prescrição, julgo extinta a punibilidade dos denunciados e rejeito a denúncia.

Prejudicado o pedido de prisões preventivas.

Int.

São Paulo, 31 de março de 2014.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**