

HABEAS CORPUS Nº 0014886-28.2013.4.03.0000/SP

2013.03.00.014886-0/SP

RELATOR : Juiz Convocado MÁRCIO MESQUITA
IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON
: LUIZA ALEXANDRINA VASCONCELOS OLIVER
: LUISA MORAES ABREU FERREIRA
PACIENTE : OLIVIO SCAMATTI
ADVOGADO : SP065371 ALBERTO ZACHARIAS TORON e outro
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE JALES - 24ª SSJ - SP
CO-REU : EDSON SCAMATTI
: PEDRO SCAMATTI FILHO
: DORIVAL REMEDI SCAMATTI
: MAURO ANDRE SCAMATTI
: LUIZ CARLOS SELLER
: MARIA AUGUSTA SELLER SCAMATTI
: HUMBERTO TONNANI NETO
: VALDOVIR GONCALES
: GILBERTO DA SILVA
: OSVALDO FERREIRA FILHO
: JAIR EMERSON SILVA
: ILSO DONIZETE DOMINICAL
: GUILHERME PANSANI DO LIVRAMENTO
: VALDIR MIOTTO
: MARIA DAS DORES PIOVESAN MIOTTO
: JOSE VOLTAIR MARQUES
: VANESSA CAMACHO ALVES
: JOSE JACINTO ALVES FILHO
No. ORIG. : 00003723120134036124 1 Vr JALES/SP

VOTO-VISTA

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI: O objeto do presente *habeas corpus* restringe-se à concessão da ordem para trancar a ação penal, apenas em relação à imputação de falsidade ideológica (art. 299 c.c art. 13, § 2º, alínea "a", CP), ao fundamento de inépcia da denúncia, além de excesso acusatório, em razão da concomitância de acusação pelo crime-meio (falsidade) e o crime fim (fraude ao caráter competitivo da licitação, art. 90 da Lei n.º 8.666/93).

Após a denegação da ordem pelo e. Relator, pedi vista dos autos para melhor examinar a questão.

A denúncia foi oferecida em desfavor do paciente, dando-o como incurso nos artigos 288, 299, *caput*, c.c art. 13, § 2º, alínea "a", do Código Penal, e artigo 90 da Lei 8.666/93.

Peço *venia* ao e. Relator para dissentir do seu voto, pelas seguintes razões:

No que toca ao crime de falsidade ideológica, o Ministério Público Federal denunciou o paciente, e outros corréus, como incurso no art. 299, c.c art. 13, § 2º, alínea "a" do CP, por duas vezes, porque teriam omitido, em documento público, informação de que as empresas licitantes pertenciam, em verdade, ao mesmo grupo econômico, havendo identidade parcial de sócios entre estas.

Com isso, teriam frustrado o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter para si, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, incorrendo assim, no tipo penal do artigo 90, da Lei 8.666/93 c/c o artigo 13, §2º, alínea "a", do Código Penal.

Assim dispõe o art. 299 do Código Penal:

*Art. 299 - **Omitir**, em documento público ou particular, declaração que **dele devia constar**, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:*

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular. Grifei.

Por sua vez, dispõe o art. 13, § 2º, "a", do Código Penal:

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

*a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância
Grifei.*

Ocorre que o *parquet* federal, ao afirmar que o paciente e outros "*omitiram em documento público, declaração que dele devia constar, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*", deixou de indicar a norma legal que cria esse dever, ou seja, não apontou qual dispositivo da lei de licitações impõe ao licitante o dever prestar tal informação, constituindo, dessa forma, a omissão da informação fato penalmente relevante.

Isso porque para que o agente cometa o crime descrito no art. 299 do Código Penal, na modalidade comissiva por omissão, necessário que tenha ciência do dever legal de prestar determinada informação e, mesmo assim, a omita.

O dever de agir daquele que participa do certame há de ser de natureza legal e deveria, necessariamente, vir expresso na denúncia, que, entretanto, deixou de descrever o crime com todas as suas circunstâncias, razão pela qual, não preenchendo os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, deve ser rejeitada, no que se refere ao delito de falsidade ideológica. Eis a razão pela qual

não aponta a denúncia em qual documento público o ocorreu a suposta omissão da verdade, conforme sustenta a impetração.

A Lei 8.666/93 que disciplina as contratações públicas prescreve em seu artigo 4º a fiel observância do pertinente procedimento estabelecido em lei, bem como a vinculação ao instrumento convocatório do certame como direito subjetivo do licitante. Não há na lei de licitação regra que prescreva o dever de os licitantes informarem à entidade promotora da licitação que são integrantes do mesmo grupo econômico ou que, no quadro societário da empresa, há pessoas que participam de outra empresa que se apresentou ao certame. Sequer existe a vedação de que empresas integrantes do mesmo grupo econômico possam participar de uma mesma licitação.

Por outro lado, a informação que teria sido omitida pelos acusados encontra-se disponível para o conhecimento da entidade promotora da licitação, pois a documentação necessária para habilitação jurídica do licitante exigida no artigo 28, III, da Lei 8666/93, isto é: *"ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso no caso de sociedade por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores"* permitiria a identificação das empresas e dos respectivos sócios e, portanto, se são integrantes do mesmo grupo econômico ou se há identidade parcial de sócios entre elas.

Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

..EMEN: HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. FALSA IDENTIDADE. DENÚNCIA QUE NÃO CONTÉM DESCRIÇÃO MÍNIMA DAS CONDUTAS TÍPICAS. IMPOSSIBILIDADE DE DEFESA. INÉPCIA DA INICIAL. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Consoante o artigo 41 do Código de Processo Penal, a denúncia deve contar a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. 2. Se a inicial acusatória não descreve minimamente as condutas supostamente delituosas, ela é considerada inepta, pois impede o exercício da ampla defesa pelo acusado, que deve se defender dos fatos narrados, ainda que sucintamente, na exordial. 3. No caso dos autos, o órgão acusatório vislumbrou a ocorrência dos crimes previstos no artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, e nos artigos 299 e 307 do Código Penal. Todavia, da leitura da peça inaugural não se colhe dado algum de que tributo, contribuição fiscal ou acessório teria sido suprimido ou reduzido mediante a omissão de informação ou a prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias, nem em que ocasião tais acontecimentos teriam se dado. Igualmente, não se declinou quando, como e em qual documento público ou particular o paciente teria omitido declaração que dele deveria constar, ou inserido ou feito inserir declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Tampouco constou da acusação a

exposição do momento e do modo como teria sucedido a atribuição de falsa identidade por parte do paciente, para a obtenção de vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem. 4. Ordem concedida, anulando-se a ação penal no que se refere ao paciente, em razão da inépcia da denúncia, sem prejuízo do oferecimento de outra, que atenda aos requisitos legais. ..EMEN" (Habeas Corpus n.º 135.810-CE - Rel. Min. Jorge Mussi - Dje 28/02/2011).

Contudo, caso se admita a hipótese de que houve o crime de falso pela omissão vislumbrada pela acusação, da simples leitura da denúncia, verifica-se que o suposto crime de falsidade ideológica fora praticado com a finalidade de frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório e com o intuito de obter para si, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, delito este previsto no art. 90 da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

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.

Portanto, vê-se claramente que o suposto delito de falsidade ideológica, consistente na omissão de que as empresas licitantes pertenciam ao mesmo grupo econômico, fora meio para a prática do delito, em tese, de fraude à licitação acima descrito.

Nesse sentido, colaciono as seguintes decisões:

"PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. FRAUDE À LICITAÇÃO. CONSUNÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. I - Restou comprovado nos autos que a CND adulterada foi utilizada pelos acusados como instrumento para a prática de fraude em processo licitatório, restando claro que o falso não foi nada mais do que o crime-meio para a execução de outro crime. II - Logo, o crime de fraudar documento para participar da licitação - crime fim, absorve os crimes de falsidade - crimes meio, porquanto a intenção do agente, ao utilizar o documento falsificado, era burlar a licitação e vencê-la. III - Irretorquível, portanto, a incidência do princípio da consunção ao caso concreto. IV - De igual sorte, correto o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal e conseqüente declaração de extinção da punibilidade dos fatos imputados aos réus. Com efeito, a pena máxima cominada ao delito do artigo 93 da Lei nº 8666/93 é de 02 (dois) de reclusão que, nos termos do disposto no artigo 109, V, do Código Penal, prescreve em 04 (quatro) anos. V - Como entre a data do recebimento da denúncia (07.11.2007) e a data em que foi proferida a sentença (02.03.2012) decorreu lapso temporal superior, correto o reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. VI -

Recurso desprovido" (TRF3 - ACR 00033645720064036108 - Rel. Des. Fed. Cecília Mello - e-DJF3 04/04/2013).

*"APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 304, DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 93, DA LEI 8.666/93. DOLO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. COMPETÊNCIA. 1. Analisadas as provas dos autos, comprovada a falsidade da Certidão Negativa de Débito e sua utilização em procedimento licitatório por parte do réu, anoto que este foi condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 304, do Código Penal e 93, da Lei 8.666/96, em concurso formal, que dispõem: 2. A fraude intentada contra o procedimento de licitação restou demonstrada pelo uso da certidão comprovadamente falsa, que somente foi descoberta após denúncia oferecida por uma das empresas concorrentes. 3. Por outro lado, apesar de comprovadas a autoria e a materialidade delitiva dos crimes narrados na denúncia, não há provas de que a falsidade perpetrada e a fraude no procedimento licitatório não tinham o mesmo intento. 4. **Com efeito, o Apelante, ao fazer uso do documento falsificado, tinha a intenção de fraudar o procedimento licitatório, na etapa da habilitação, e vencer, ao final, a competição. Assim, o crime de falso funcionou como crime meio, estando, portanto, absorvido pelo crime do artigo 93, da Lei 9.666/93.** 5. Efetivamente, o princípio da consunção se aplica quando a conduta do agente, em vez de realizar a descrição contida em diversos tipos penais que se excluem entre si, realiza o conteúdo de mais de um tipo penal não excludente, mas que em função de uma conexão lógica e justa, há de ser considerado absorvido pelo outro. 6. Por outro lado, restando o crime de uso de documento falso (crime-meio) absorvido pelo crime de fraude à licitação (crime-fim), e considerando que a empresa licitada - CESP-CIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO - é uma sociedade de economia mista da administração indireta estadual, inexistente ofensa a serviços, bens ou interesses da União, de suas Autarquias ou Empresas Pública, não possuindo, portanto, a Justiça Federal competência para processar e julgar o presente feito. 7. Reconhecida, de ofício, a conduta única na prática delitiva, remanescendo o crime fim de fraude à licitação praticada contra sociedade de economia mista. 8. Incompetência da Justiça Federal. 9. Nulidade dos atos decisórios e remessa dos autos à Justiça Estadual" (TRF3 - ACR 12002597419974036112 - Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães - DJU 14/11/2007).*

*"PENAL.PROCESSO PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. FRAUDE À LICITAÇÃO. NULIDADE. AUTORIA. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. CONSUNÇÃO. 1. Inexiste o dever de o defensor dativo procurar o réu, especialmente aquele que reside em outro Estado, para ouvir sua versão dos fatos quando da apresentação de alegações finais, devendo, sim, analisar as provas contidas nos autos. 2. Irrelevante, na espécie, a ausência de prova da autoria da falsificação material e ideológica por parte do réu, pois comprovadamente usou o documento falso sabendo da sua falsidade. 3. A consunção, para se caracterizar, pressupõe que um fato mais grave absorva outro menos grave que constitua meio de preparação ou execução. Não se trata de um conflito entre normas, mas sim entre fatos, por ser um mais abrangente que o outro. **O Princípio da Consunção se aplica quando a conduta do agente, em vez de realizar a descrição contida em diversos tipos penais que se excluem entre si, realiza o conteúdo de mais de um tipo penal não excludente, mas que em função de uma conexão lógica e justa, há de ser considerado absorvido pelo outro.** Todavia, a importância da gravidade dos delitos tem sido*

minimizada em virtude do dolo do agente, ou seja, tem se admitido a consunção quando, preenchidos seus requisitos, o crime meio seja mais grave que o crime fim, e o dolo do agente for indubitavelmente direcionado para prática deste. No caso em exame, o crime de fraude à licitação, por ser o crime fim, absorveu o crime de uso de documento falso, crime meio, porque a intenção do agente ao fazer uso de documento falso era fraudar o procedimento licitatório e vencer a competição. 4. Anulação dos atos praticados a partir da denúncia em vista do reconhecimento da competência dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001) para julgamento do feito" (TRF4 - ACR 200372000096953 - Des. Fe. Maria Fátima Freitas Labarrère - DJ 17/05/2006).

Por tais razões, concedo a ordem para trancar a ação penal em relação à imputação de falsidade ideológica, descrita no art. 299 c.c art. 13, § 2º, alínea "a" do Código Penal, prosseguindo-se no tocante às demais.

É como voto.

JOSÉ LUNARDELLI