



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2125989 - SP (2024/0058850-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : **AGENOR MARINHO CONTENTE FILHO**
RECORRENTE : **GUZMAN MARTIN DIAZ**
ADVOGADOS : **ALOÍSIO LACERDA MEDEIROS - SP045925**
RODRIGO CÉSAR NABUCO DE ARAÚJO - SP135674
GUSTAVO DE OLIVEIRA RIBEIRO MEDEIROS - SP320114
FREDERICO DE OLIVEIRA RIBEIRO MEDEIROS - SP286567
HENRIQUE DE OLIVEIRA RIBEIRO MEDEIROS - SP385739
RECORRENTE : **ISIDRO RAMON FONDEVILA QUINONERO**
ADVOGADOS : **CARMEN MANSANO DA COSTA BARROS FILHA - RJ041099**
MARIA ELIZABETH QUEIJO - SP114166
EDUARDO MEDALJON ZYNGER - SP157274
DANIELA TRUFFI ALVES DE ALMEIDA - SP261302
RICARDO BATISTA CAPELLI - SP310900
ALINE ABRANTES AMORESANO - SP318279
RICARDO NACARINI - SP343426
ANANDA LIMA CABRAL - SP444369
RECORRENTE : **LUIZ FERNANDO FERRARI**
RECORRENTE : **WAGNER TADEU RIBEIRO**
ADVOGADOS : **GUILHERME SAN JUAN ARAUJO - SP243232**
HENRIQUE ZELANTE RODRIGUES NETTO - SP276895
LUIZA MOREIRA PEREGRINO FERREIRA - SP313473
VITOR ALEXANDRE DE OLIVEIRA E MORAES - SP368781
PAULO HENRIQUE ALVES CORREA - SP359131
BRUNA VIÇOSI PORTAZIO - SP354961
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
CORRÉU : **ANTONIO OPORTO DEL OLMO**
CORRÉU : **CESAR PONCE DE LEON**

DECISÃO

I - RELATÓRIO

Trata-se de recursos especiais interpostos por **AGENOR MARINHO CONTENTE FILHO, GUZMÁN MARTIN DIAZ, ISIDRO RAMON FONDEVILA QUINONERO, LUIZ FERNANDO FERRARI e WAGNER TADEU RIBEIRO**, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em oposição a acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, assim ementado (e-STJ, fls. 3.877-3.937):

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA E FRAUDE ÀS LICITAÇÕES. CONDENAÇÃO. APELOS DE AMBAS AS PARTES.

Apelo ministerial pela condenação de todos os réus pela integralidade das acusações, incluindo-se os crimes previstos na Lei 8.137/1990, com exasperação punitiva. Apelo do corréu AGENOR por sua absolvição em apego ao princípio da correlação e inexistência de poder decisório, pelo réu, em matéria de atuação da empresa em certames públicos. Cabimento, apenas, do recurso do Ministério Público.

Mérito. Formação de cartel. Delito configurado. Prática delitativa que se configurou por meio de ajustes prévios entre empresas geridas pelos réus visando ao domínio do mercado de transporte ferroviário por meio da fixação artificial de preços e, no caso específico destes autos, ainda, da frustração do caráter competitivo no certame da Linha 8/Diamante da CPTM. Reexame do caderno probatório que, a despeito das narrativas de autodefesa, demonstrou a prática de ambas as modalidades delitivas. Ajuste pré-estabelecido com divisão do escopo licitatório, conforme os tipos de serviços a serem prestados pelo objeto do contrato de concessão administrativa, com adjudicação e homologação em favor da CAF, sob administração do apelante AGENOR. Crime formal no caso da formação de cartel, que se caracterizou, aqui associado ao resultado prático, exigido para o delito do art. 90 da Lei 8666/1993. Condenação aqui fixada para todos os réus.

Parcial provimento ao apelo ministerial.

Negado provimento ao apelo do réu".

Na origem, o MP/SP apresentou denúncia (e-STJ, fls. 1-25) contra funcionários e executivos das empresas Alstom Transport S.A. e CAF S.A., imputando-lhes a formação de um cartel para fraudar licitação de aquisição e manutenção de trens da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), sociedade de economia mista controlada pelo Estado de São Paulo. Segundo a exordial, os réus teria combinado a repartição do objeto do certame e inflado os preços nele praticados, frustrando assim o caráter competitivo da licitação e fixando preços em prejuízo do ente público.

Ao final, pediu a condenação dos réus pelos crimes dos arts. 90 e 96, I e V, da Lei 8.666/1993, bem como do art. 4º, II, "a", "b" e "c", da Lei 8.137/1990, em concurso material.

A sentença condenou apenas o réu AGENOR pelo delito de fraude em licitação (art. 90 da Lei 8.666/1993), absolvendo-o quanto às demais imputações; todos os outros acusados foram absolvidos integralmente.

Após a interposição de apelações pela defesa de AGENOR e pela acusação, o TJ/SP proferiu o acórdão cuja ementa transcrevi acima, em que deu provimento somente ao recurso ministerial, a fim de condenar os réus pelo crime de formação de cartel e condenar AGENOR e GUZMÁN, também, pelo sobrepreço na licitação.

Os embargos de declaração opostos contra o aresto foram rejeitados (e-STJ, fls. 4.030-4.067); daí se originam os presentes recursos especiais.

Em suas razões recursais (e-STJ, fls. 4.073-4.103), ISIDRO RAMON aponta violação dos arts. 381, III, e 564, III, "a", e V, do CPP, bem como dos arts. 13, 18 e 59 do CP, pelos seguintes argumentos: (I) os fatos narrados em nota técnica do Cade, usados pelo TJ/SP para condená-lo, não teriam constado da denúncia, descumprindo assim o princípio da correlação; (II) sua condenação estaria pautada em responsabilização penal objetiva, pelo simples fatos de integrar a estrutura da Alstom; e (III) a pena deveria ser reduzida ao mínimo legal.

Já o recurso especial de LUIZ FERNANDO e WAGNER TADEU (e-STJ, fls. 4.159-4.185) suscita ofensa aos arts. 315 e 384 do CPP, além dos arts. 15, 59 e 68 do CP. Aduz para tanto, em síntese, que: (I) para fundamentar a condenação pelo delito de cartel, o acórdão recorrido teria se valido de fatos que não foram narrados na denúncia; (II) incidiria ao caso o benefício da desistência voluntária, pois a empresa CAF S.A. "decidiu romper as tratativas do acordo anticoncorrencial em gestação para apresentar proposta singular" (e-STJ, fl. 4.178); (III) o aresto estaria fundamentado de maneira deficiente; e (IV) a fixação da pena careceria de motivação idônea.

Finalmente, AGENOR e GUZMÁN (e-STJ, fls. 4.240-4.295) indicam contrariedade aos arts. 156, 315, § 2º, VI, 381, III, 383, 384 e 564, V, do CPP; 96 da Lei 8.666/1993; 29, 59 e 68 do CP; e 10 do CPC. Reiteram os argumentos dos corréus sobre a ilicitude da condenação pelo delito de cartel e acrescentam que: (I) não competiria à defesa comprovar a inocorrência do sobrepreço, mesmo porque a celebração do aditivo contratual para aquisição de novos equipamentos foi demandado pela CPTM; (II) inexistiria prova do prejuízo ao erário; (III) ao condenar GUZMÁN, o TJ/SP não teria analisado todos os aspectos essenciais à solução da

causa; e (IV) a pena-base pelo crime de cartel teria considerado fatos não descritos na denúncia.

Todos os recursos apontam, também, divergência entre o acórdão recorrido e aquele proferido pela Sexta Turma deste STJ no julgamento do REsp 1.623.985/SP.

Com contrarrazões (e-STJ, fls. 4.504-4.548), os recursos especiais foram admitidos na origem (e-STJ, fls. 4.580-4.582, 4.585-4.587 e 4.591-4.593).

Remetidos os autos a esta Corte Superior, o MPF manifestou-se pelo provimento dos recursos quanto ao pedido absolutório pelo delito de cartel, com o não conhecimento das demais questões (e-STJ, fls. 4.772-4.798).

É o relatório.

Decido.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 - RECURSOS ESPECIAIS DE ISIDRO, LUIZ FERNANDO E WAGNER

Como os recursos tratam da mesma matéria, faço sua análise em conjunto e adianto que, no mérito, as insurgências são procedentes.

A juíza singular absolveu todos os réus da imputação de cartel (art. 4º, II, da Lei 8.137/1990) ao argumento central de que a denúncia narrou somente a existência de fraude numa única licitação, o que corresponde ao tipo do art. 90 da Lei 8.666/1993 (atribuído pelo *Parquet* somente aos acusados GUZMÁN e AGENOR). Para a magistrada de primeira instância, isso não é suficiente para a configuração do crime contra a ordem econômica, que exige uma atuação orquestrada para a dominação do mercado em si. É o que se colhe da sentença (e-STJ, fls. 2.469-2.471):

"Conforme descrito na denúncia, a partir de setembro de 2009, os acusados passaram a discutir o escopo do projeto, que abrangia a manutenção, reforma e fornecimento de trens novos, a fim de dividi-lo. Para tanto, passaram a manter conversas, formando ajustes ou combinações em detrimento da concorrência que poderia ser atingida naquele certame em específico.

Ao contrário do que dispõe a exordial, os ajustes ou as combinações estabelecidas entre os acusados não visavam ao domínio do mercado de produção de trens e sistemas de transporte ferroviário, mas sim a fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação.

Os documentos entregues pelo CADE ao GEDEC, os quais instruíram o Inquérito Administrativo nº 08700.004617/2013-41, são indicativos de os contatos estabelecidos entre os acusados estavam voltados a estabelecer um acordo global que beneficiasse a todos os concorrentes e eliminasse a competição. A estratégia era alinhar os interesses das empresas e, conseqüentemente, prejudicar o caráter competitivo da licitação (fls. 31).

Repita-se, não se vislumbra na inicial conduta que se subsuma ao delito de formação de cartel, atingindo o bem jurídico, ordem econômica.

Como é cediço, as objetividades jurídicas são distintas (crime de cartel: protege a regularidade da economia, ao passo que o delito de fraude à licitação visa proteger os interesses da Administração Pública) e os sujeitos passivos também são diversos (sociedade e Estado, respectivamente).

Como já se decidiu é possível o concurso entre os delitos em um dado momento, haver acordo, convênio, ajuste ou aliança para possibilitar o controle do mercado e, em outro momento, já formado o cartel, visarem os agentes fraudar determinada concorrência, em prejuízo da administração (in MS 2066168-62-2014.8.26.0000. Declaração de voto. Desembargador Luis Soares de Mello Neto).

Porém, no caso em apreço, respeitada a conclusão do ilustre promotor de justiça, que já escreveu sobre o tema, filio-me ao entendimento de que para a configuração do crime de cartel é necessário a demonstração de que os acordos e ajustes tinham por objetivo o domínio de mercado. Trata-se de crime formal que visa proteger a ordem econômica.

E, na hipótese, embora exista a indicação de que houve de alguma maneira um prévio contato entre os denunciados - ele poderia, ao que tudo indica, ter contornos destinados a fraudar especificamente o certame, trazendo prejuízo à Administração

Pública e não foi empregado o ajuste com o desiderato de atingir a ordem econômica. Assim, em outras palavras, a improcedência se impõe neste particular no que se refere ao crime de cartel".

Têm razão as defesas quando apontam que seu entendimento está em sintonia com o acórdão desta Corte nos autos do REsp 1.623.825/SP, que estabeleceu a mesma distinção entre os crimes de fraude em licitação e formação de cartel. Para este STJ, o ajuste voltado à dominação de um certame específico não permite nem sequer a acusação pelo delito de cartel (muito menos a condenação), como mostra a ementa do precedente:

"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".

(REsp n. 1.623.985/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17/5/2018, DJe de 6/6/2018.)

A Sexta Turma reforçou suas conclusões no julgamento de aclaratórios opostos pelo Ministério Público, que foram rejeitados:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA RELACIONADA AO DELITO DE CARTEL. ADITAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. TRANCAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 90 DA LEI 8.666/93. CRIME FORMAL. OMISSÃO INEXISTENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ABSORÇÃO ENTRE OS DELITOS. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 4º, II, DA LEI 8.137/90. CRIME DE RESULTADO. CONTRADIÇÃO INEXISTE. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O trancamento da ação penal é medida excepcional, somente admitida quando provada, de forma clara e precisa, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa

- extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade.
2. A atipicidade da conduta descrita no art. 4º, II, a, b, e c, da Lei 8.137/90 não induz ao aditamento da denúncia, mas ao trancamento por inépcia da inicial, não obstante a possibilidade de propositura de nova ação penal, caso não configurada a prescrição da pretensão punitiva.
 3. Ausente omissão no acórdão embargado quando a matéria foi decidida com a devida e clara fundamentação, sufragando-se o entendimento de que, por se tratar de crime formal, o termo inicial do prazo seria a data dos ajustes com a finalidade de fraudar o caráter competitivo da licitação, consignada na denúncia como caracterizadora do crime do art. 90 da Lei 8.666/93.
 4. Decorrido prazo superior a 8 anos entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, cabível a extinção da punibilidade por se tratar de delito praticado anteriormente à Lei 12.234/2010.
 5. Não reconhecida a absorção entre os delitos pelo acórdão embargado, mas a atipicidade da conduta narrada na inicial acusatória relacionada ao crime de cartel e a prescrição da pretensão punitiva quanto ao tipo penal previsto no art. 90 da Lei 8.666/93, resta ausente a alegada omissão.
 6. Inexiste contradição em relação ao tipo penal previsto no art. 4º, II, da Lei 8.137/90, porquanto o acórdão embargado entendeu que apenas o delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/93 tem natureza formal.
 7. O delito do art. 4º, II, da Lei 8.137/90, como todo crime formal, exige que seja imputado o resultado pretendido como especial fim de agir, de fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas, de controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas, ou de controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Não sendo indicado que esses resultados dos acordos, ajustes ou alianças entre os ofertantes tinham por objetivo domínio de mercado, não se pode admitir a persecução pelo crime formal de cartel.
 8. Ausente omissão quando adotada solução jurídica contrária aos interesses do embargante, de forma fundamentada, relativamente a não ocorrência do crime de formação de cartel, previsto no art. 4º da Lei 8.137/90, **por se tratar de apenas uma licitação, incapaz por si de gerar a pretensão de controle do mercado.**
 9. Reveste-se de caráter nitidamente infringente os argumentos dos aclaratórios que, a pretexto de omissão, pretende a modificação do acórdão, o que não se harmoniza com o escopo da medida integrativa.
 10. Embargos de declaração rejeitados".
(EDcl no REsp n. 1.623.985/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 5/9/2019, DJe de 12/9/2019.)

O mesmo entendimento foi reafirmado por esta Corte em outra ação penal ajuizada pelo MP/SP, pelos mesmos crimes, também no contexto de contratações da CPTM:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 4º, INCISO II, A, B E C, DA LEI N. 8.137/90, CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. FORMAÇÃO DE CARTEL. CONCENTRAÇÃO DO PODER ECONÔMICO NÃO EVIDENCIADA. ART. 96, INCISOS I E V, DA LEI N. 8.666/93. CRIME CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO DEMONSTRADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA EVIDENCIADA. ART. 90 DA LEI DE LICITAÇÕES. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. JUSTA CAUSA. DESCRIÇÃO DA CONDUTA DE FRUSTRAR A CONCORRÊNCIA EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PRESCRIÇÃO QUANTO À IMPUTAÇÃO DO DELITO DE FRAUDE A LICITAÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O Recorrente foi denunciado pela prática, em tese, dos crimes previstos no art. 4º, inciso II, a, b e c, da Lei n. 8.137/90 (crime contra a ordem econômica); e também como incurso nas penas dos arts. 90 (fraude a licitação) e 96, incisos, I e V, da Lei n. 8.666/93 (crimes contra a administração pública); c.c. o art. 69 do Código Penal, porque, junto com os corréus, teria formado cartel para frustrar a concorrência em procedimento licitatório para fornecimento de instalação de sistemas de transportes sobre trilhos ferroviários na cidade de São Paulo.

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a ausência de descrição do efetivo prejuízo à Fazenda Pública, exigido pelo art. 96 da Lei n. 8.666/93, bem como a falta de demonstração do domínio de mercado exigido pelo art. 4º da Lei n. 8.137/90, impõem a rejeição da denúncia.

3. No mesmo sentido foi o entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em outras ações penais relativas aos crime imputados aos participantes das licitações efetuadas pela CPTM - Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, do Estado de São Paulo.

Ex vi: REsp 1.683.839/SP, DJe 19/12/2017, e REsp 1.623.985/SP, DJe 06/06/2018, da Relatoria do Ministro NEFI CORDEIRO.

4. Contudo, a exordial acusatória evidencia que o Recorrente agiu em conluio com os demais denunciados, de modo a não concorrerem entre si na celebração de contrato com a administração pública em valores vultosos, com evidente prejuízo ao Erário, exasperando abusivamente os preços dos contrato por meio do procedimento licitatório, ciente de toda a ilicitude, o que afasta a alegada inépcia da denúncia, quanto ao art. 90 da Lei de Licitações. Assim, há justa causa para a ação penal no ponto, pois está devidamente descrita, na inicial acusatória, a conjuntura fática que fundamenta a suposta participação do Recorrente no esquema criminoso.

5. E como não foi proferida sentença, deve-se considerar, para efeitos de contagem do prazo prescricional, a pena máxima in abstracto cominada para o crime do art. 90 da Lei n. 8.666/90, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão. Embora os fatos tenham ocorrido a partir de outubro de 2004, não transcorrido o prazo prescricional de 8 (oito) anos (art. 109, inciso IV, do Código Penal) entre a data da assinatura do último aditivo contratual (15/04/2008) e do recebimento da denúncia (15/04/2014), ou entre esta e a data de hoje, logo, a pretensão punitiva estatal não está fulminada pelo instituto da prescrição.

6. Friso que apesar de a jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal entender que os crimes previstos na Lei de Licitações são instantâneos de efeitos permanentes, que se consumam em um momento definido, cada prorrogação contratual configura continuação da prática delituosa, na medida em que a situação de dano prolonga-se enquanto durar a conduta do Agente, como parece ser o caso, em que houve várias aditivos contratuais. Precedentes.

7. Recurso ordinário em habeas corpus parcialmente provido para trancar a ação penal relativamente aos crimes previstos nos arts. 4.º, inciso II, a, b e c, da Lei n. 8.137/90 (crime contra a ordem econômica) e 96, incisos, I e V, da Lei n. 8.666/93 (crimes contra a administração pública), mantendo a acusação apenas no que diz respeito ao art. 90 da Lei de Licitações".

(RHC n. 119.667/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/12/2020, DJe de 18/12/2020.)

A conformidade entre a sentença e a jurisprudência deste Tribunal Superior já seria bastante para reformar a condenação imposta na segunda instância, mas há ainda outros aspectos relevantes a confirmar o desfecho absolutório.

É que, para condenar os réus, o TJ/SP se valeu largamente de fatos narrados em um relatório do Cade, em que se relatou a celebração de "acordos anticompetitivos" (e-STJ, fl. 3.897) entre as empresas Alstom e CAF S.A. desde o ano de 1998. O acórdão discorreu, então, sobre uma série de contratos da CPTM em que o cartel teria atuado ao longo dos anos (e-STJ, fls. 3.898-3.904), concluindo ao fim que (e-STJ, fl. 3.914):

"A reanálise do caderno probatório convalida a conclusão condenatória de forma integral, quanto aos delitos de formação de cartel e fraude à licitação, porque não se cingindo ao desiderato pontual de se frustrar o certame aqui indicado, de forma singular, conforme militou o Juízo monocrático".

O problema é que **nenhum dos diversos procedimentos licitatórios e contratos examinados pelo TJ/SP e pelo Cade foi objeto da denúncia**, que imputou aos réus a prática de condutas ilícitas, unicamente, no Projeto S500 da CPTM. As dezenas de supostos ajustes entre as empresas nas contratações com a CPTM e o histórico do alegado cartel simplesmente não foram incluídos pelo Ministério Público na exordial, de modo que os réus nunca se defenderam a seu respeito.

A primeira página da denúncia, aliás, já delimita a acusação apenas para

aquele projeto específico (e-STJ, fl. 1):

"O representante do Ministério Público que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais, com fundamento nas provas e evidências obtidas no PIC/GEDEC/MP-SP n.º 05/2014, vem oferecer DENÚNCIA CRIMINAL contra os funcionários-representantes das empresas abaixo relacionadas (qualificações em separado), **pela prática das infrações penais descritas, envolvendo o Procedimento Licitatório número 8764083011 CPTM - Projeto S5000 da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos; (Projeto: Aquisição e Manutenção de Trens S5000)**".

Nada mais foi dito na exordial sobre outros contratos, outras empresas ou outras condutas caracterizadoras de eventual dominação de mercado.

Se o relatório do Cade trouxe ao MP/SP novas informações sobre a atuação das empresas, cabia ao *Parquet* aditar a denúncia nos termos do art. 384 do CPP, para permitir o estabelecimento do contraditório, mas isso não foi feito. No estado atual do processo, os réus se encontram condenados por uma série de condutas pelas quais não foram nem denunciados nestes autos, por escolha ou inércia do próprio órgão acusador.

Nos termos da Súmula 453/STF, o Tribunal local não poderia sequer adotar o procedimento da *mutatio libelli*, que é exclusivo para a primeira instância. Aqui, o TJ/SP foi ainda mais além, já que nem determinou o aditamento da denúncia, mas se valeu diretamente de fatos que não foram nela narrados para condenar os acusados por uma imputação totalmente estranha ao processo.

Destaco, por fim, que o próprio MPF propôs a absolvição dos acusados seu parecer, do qual extraio o seguinte trecho (e-STJ, fls. 4.791-4.794):

"No presente caso, pelos fatos narrados nos autos, não se constata a formação de cartel, pois não demonstrada ofensa ao livre mercado e à capacidade competitiva das empresas no cenário econômico de forma geral. O bem jurídico tutelado não visa a uma concorrência em específico, porquanto a prática nociva atinge o domínio do mercado, em alcance mais amplo.

[...]

O tipo penal visa a impedir que, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório seja frustrado ou fraudado, com a intenção do agente de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

De acordo com a descrição dos fatos pela denúncia acusatória, os ajustes ocorridos se deram unicamente com o fim de fraudar o processo licitatório em questão.

Os tipos penais aludidos possuem como ponto em comum a frustração do caráter competitivo, mas no crime do art. 90 da Lei n.º 8.666/93 o ato de frustrar ou fraudar afeta um certame público, e não o mercado, como no tipo do art. 4º da Lei n.º 8.137/90.

Acerca, inclusive, de outras ações penais relativas a licitações promovidas pela CPTM e Metrô da Cidade de São Paulo, encontra-se na jurisprudência desse C. Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Dessa forma, merecem provimento os recursos especiais, para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau, que não reconheceu a prática do crime de cartel, previsto no art. 4º, inciso II, alíneas 'a', 'b' e 'c', da Lei n.º 8.137/90".

Por tudo isso, deve ser restabelecida a sentença absolutória quanto ao art. 4º, II, da Lei 8.137/1990, para todos os réus.

II.2 - RECURSO ESPECIAL DE AGENOR E GUZMÁN

O recurso especial fica provido quanto ao pedido absolutório pelo crime de formação de cartel, consoante a fundamentação já exposta.

Remanesce o interesse recursal em analisar, então, as condenações dos réus no art. 96 da Lei 8.666/1993.

Destaco que, em primeira instância, somente AGENOR foi condenado por um único

crime: o do art. 90 da Lei 8.666/1993. No julgamento da apelação ministerial, o TJ/SP condenou também GUZMÁN pelo mesmo crime, mas declarou a prescrição da pretensão punitiva para os dois acusados. Isso porque, considerando a pena de 2 anos de detenção, o prazo prescricional de 4 anos se consumou antes mesmo do oferecimento da denúncia em 15/2/2016. Os fatos, afinal, são anteriores à Lei 12.234/2010, de maneira que não incide aqui a vedação atualmente contida no art. 110, § 1º, do CP, e o Ministério Público não recorreu contra a extinção da punibilidade.

Quanto ao crime do art. 96 da Lei 8.666/1993, por outro lado, a sentença absolveu os dois acusados, e apenas em segunda instância foi que o TJ/SP os condenou. A sentença absolutória indicou, no ponto, os seguintes fundamentos centrais (e-STJ, fls. 2.471-2.472):

"No que tange ao contrato aditivo posteriormente firmado, não é crível que seu objetivo seria, em síntese, cobrir o valor de desconto oferecido pela CTrens em sede de licitação.

Depreende-se das provas colhidas nos presentes autos que a solicitação teria partido da CPTM, eis que o sistema de sinalização CBTC, objeto de outro edital licitatório, atrasaria por culpa da empresa vencedora daquela ocasião e, por este motivo, seria necessário implantar um sistema substituto, denominado ATC, para que os novos trens pudessem ser devidamente operados.

A prática da Administração Pública indica não ser pouco usual a realização de celebração de contratos aditivos, inclusive porque podem surgir novas necessidades que motivem a contratação, sem que com isso reste configurado ilícito administrativo ou penal, como aquele previsto no artigo 96, incisos I e V, da Lei nº 8.666/93.

Assim, ante a necessidade de instalar sistema de sinalização dos trens, sem os quais estes ficariam parados, é plausível que a CAF S.A tenha realizado o aditivo, por meio dos acusados Agenor Marinho e Guzmán Díaz, de forma lícita, apesar de a soma dos valores de ambas as contratações quase alcançarem o valor de referência previsto no edital lançado pela CPTM.

Nesse sentido, observa-se que a transação do referido aditivo foi objeto de diversas reuniões e tratativas entre os interessados, de forma que ao final - apresentada a proposta pela empresa CTrens - foi submetida a análise e posteriormente aprovada pelos representantes da CPTM como proporcional ao serviço que viria a ser prestado. A conduta, portanto, não se adequa ao tipo penal previsto no artigo 96, incisos I e V, da Lei nº 8.666/93".

Também neste ponto, acredito que a juíza sentenciante agiu com acerto, tendo o Tribunal local violado sobretudo o art. 156 do CPP ao reformar a sentença absolutória. Para reformar a sentença, o TJ/SP inverteu explicitamente o ônus da prova, afirmando que os réus não comprovaram a real necessidade de celebração do aditivo contratual, a partir de uma situação imprevista quando da celebração do contrato. É o que diz o aresto (e-STJ, fls. 3.914-3.915):

"Restou claro dos depoimentos judiciais de Sergio, Mario e Cleverson que não haveria viabilidade real na operação ferroviária sem a presença de mecanismos operantes para sinalização, como o CBTC, como inicialmente previsto, antes de se implementar o substituto, o ATC. **E, a despeito da esmerada atuação das Defesas, não se comprovou, como, aqui, se exigiria dos réus (artigo 156, caput, e inciso II, do Código de Processo Penal), a demonstração de que o aditivo contratual decorreria de imprevista impossibilidade de cumprimento para instalação do sistema original CBTC, o que somente foi contornado, no plano técnico, por meio do aditivo contratual, como observado".**

Como se sabe, é ônus da acusação comprovar todos os elementos constitutivos da imputação fática vertida na denúncia. Se a exordial alega que os réus causaram prejuízo ao erário na execução contratual, ao celebrarem um aditivo para o fornecimento de itens que já deveriam ter integrado o contrato primevo (e-STJ, fl. 23), era encargo do Ministério Público comprovar a fraude alegada.

Não cabia aos réus o ônus de provar sua inocência, ao contrário do que entendeu o acórdão recorrido. A distribuição dos encargos probatórios quanto a essa questão é relevante porque, segundo o entendimento deste STJ, "o crime do art. 96, inciso V, da Lei n.º 8.666/1993, cuja prática é imputada na denúncia em concurso com o delito do art. 312, caput e § 1.º, do Código Penal, é de natureza material, e exige a ocorrência de efetivo prejuízo ao erário" (RMS n.

63.289/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 8/9/2020, DJe de 22/9/2020). Considerando que o dano material aos cofres públicos é, nesses termos, um dos elementos essenciais da imputação fática contida na denúncia, compete ao Ministério Público comprová-lo (e não aos réus provar sua inocorrência), nos exatos termos do art. 156 do CPP.

Aliás, mesmo que os equipamentos integrantes do aditivo fossem necessários desde o início da contratação, as instâncias ordinárias registram que a solicitação para celebração do aditivo partiu da própria CPTM. Os réus, pessoas particulares e que não integram a Administração Pública, não têm nenhuma responsabilidade se, quando da elaboração do projeto inicial da licitação, a CPTM não incluiu nele todos os itens imprescindíveis à execução de seus serviços, tendo percebido posteriormente o equívoco e pedido, por isso, que se firmasse o aditivo contratual.

A situação seria diferente caso se tratasse, aqui, de um conluio entre os particulares e a CPTM para elaborar fraudulentamente os termos do projeto da licitação, do contrato e do aditivo em prejuízo da estatal e benefício das companhias privadas. Isso, contudo, **não foi sequer aventado na denúncia, nem no acórdão recorrido** que, embora lhe tenha acrescido diversos fatos, desses não tratou. Pela narrativa da denúncia e do Tribunal estadual, talvez se extraia até algum erro administrativo ou ineficiência na atuação da CPTM, mas nada disso é de responsabilidade dos réus, pessoas privadas que não integram a estrutura da estatal.

A rigor, e como decidiu este STJ no RHC n. 119.667/SP, acima referenciado, a denúncia nem deveria ter sido recebida quanto ao crime do art. 96 da Lei 8.666/1993, porque o que a exordial descreve é um possível equívoco da CPTM na elaboração do projeto da licitação, somado à posterior correção desse erro, por iniciativa da estatal, por meio da celebração de um aditivo. Nada disso indica que os réus teriam concorrido dolosamente para causar prejuízo ao erário, mesmo porque a denúncia não descreve nenhuma espécie de ajuste entre eles e os agentes públicos para tanto.

De todo modo, como já foram proferidos sentença e acórdão neste caso, fica prejudicada a inépcia da inicial. À míngua de provas do agir doloso dos réus ou mesmo do prejuízo ao erário, tendo o acórdão recorrido inclusive invertido o ônus probatório em seu desfavor, a solução correta é a absolvição dos dois acusados pelo delito do art. 96 da Lei 8.666/1993.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** aos recursos especiais, a fim de absolver todos os réus quanto aos crimes dos arts. 4º, II, da Lei 8.137/1990 e 96 da Lei 8.666/1993, nos termos do art. 386, III e VII (respectivamente), do CPP.

Fica mantida a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, em relação ao crime do art. 90 da Lei 8.666/1993.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 16 de maio de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator