



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 515.068 - SP (2019/0167170-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **HUMBERTO TIBAGI DE BARROS**
ADVOGADO : **HUMBERTO TIBAGI DE BARROS - SP356402**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **MARINALDO JOSE GALDINO**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FRAUDE À LICITAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. PROVIDÊNCIA INVIÁVEL NA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO RITO PROCEDIMENTAL PREVISTO NA LEI N. 8.666/1993. CONVERSÃO DOS MEMORIAIS ESCRITOS EM DEBATES ORAIS. POSSIBILIDADE. SUBSIDIARIEDADE DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL À REGRA DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. EFETIVO PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. ART. 563 DO CPP. PARCIALIDADE DA MAGISTRADA. INDUZIMENTO NO DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 212 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A análise das teses relativas à ausência de materialidade, de consumação e de dolo, bem como a suposta desídia do administrador do órgão público (CETESB) e irregularidades no laudo técnico do fabricante dos cartuchos de impressora demanda o exame aprofundado de todo conjunto probatório como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória.

3. A jurisprudência dos Tribunais Superiores possui entendimento de que a decisão que recebe a denúncia possui natureza jurídica de despacho, não necessitando fundamentação exauriente por parte do Magistrado quanto aos motivos do seu recebimento. Trata-se de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declaração positiva do juiz, no sentido de que estão presentes os requisitos fundamentais do artigo 41 do CPP, e, ausentes quaisquer hipóteses do artigo 395 do CPP.

4. É cediço que, segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível, quando se trata de alegação de nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado pelo legislador no art. 563 do Código de Processo Penal, *in verbis*: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

5. Não configura nulidade, por inversão do rito previsto na Lei 8.666/1993, a realização de alegações finais orais em audiência, visto que não acarretou qualquer prejuízo à defesa, ao revés, tornou o processo mais célere e eficaz, atendendo aos preceitos modernos do processo penal.

6. Na hipótese, os debates orais não trouxeram qualquer efetivo prejuízo ao paciente, pois seu advogado constituído participou de todos os atos processuais, sendo conhecedor de todos os detalhes inerentes à defesa de seu cliente, por conseguinte, apesar de constar na Lei Especial o prazo de 05 (cinco) dias para memoriais escritos, o patrono teve um longo prazo para se preparar para referida audiência.

7. "Conforme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo Codex, não é possível reconhecer a nulidade do ato" (HC 183.999/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 13/11/2012, DJe de 23/11/2012). No caso, o que se vislumbra, na verdade, são esclarecimentos feitos pela Magistrada a ponto de elidir qualquer dúvida quanto à narrativa da testemunha.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 13 de agosto de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 515.068 - SP (2019/0167170-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : HUMBERTO TIBAGI DE BARROS
ADVOGADO : HUMBERTO TIBAGI DE BARROS - SP356402
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARINALDO JOSE GALDINO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MARINALDO JOSE GALDINO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0002124-35.2014.8.26.0011.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do crime tipificado no art. 96, incisos II e III, da Lei n. 8.666/1993, à pena de 3 anos de detenção, em regime inicial aberto, e multa (e-STJ fls. 106/110). A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, uma delas consistente na prestação de serviços à comunidade, no período de 1 ano e 6 meses, sendo quatro horas semanais, a outra na modalidade de doação mensal de meio salário mínimo durante igual período.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de Apelação Criminal perante a Corte local, postulando, no mérito, pela absolvição do paciente em razão da insuficiência probatória.

A 15ª Câmara Criminal do TJSP, contudo, negou provimento ao apelo defensivo e manteve incólume a sentença penal condenatória, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 202):

FRAUDE A LICITAÇÃO - PRELIMINARES - Carência de fundamentação da decisão que recebeu a denúncia. Ato sem carga decisória - Conversão dos memoriais escritos em debates orais. Subsidiariedade do Código de Processo Penal à regra da Lei de Licitações. Possibilidade — Parcialidade da magistrada nos questionamentos às testemunhas. Inocorrência. Regra do artigo 212 do CPP observada. Prejuízo não demonstrado - Rejeição. MÉRITO - Configuração. Materialidade e autoria comprovadas - Contrafação demonstrada por laudo técnico do fabricante. Possibilidade de contraprova. Desnecessidade de perícia oficial ou presença do réu no ato - Depoimentos das testemunhas em harmonia com o conjunto probatório. Negativa do réu isolada -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inviável a desclassificação para a modalidade tentada - Condenação mantida. PENAS E REGIME PRISIONAL - Bases nos mínimos - Regime aberto — Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária). Manutenção. Atendimento da função social da pena e as peculiaridades do caso em concreto - Apelo desprovido.

No presente *habeas corpus*, o impetrante insiste nas teses rechaçadas pelo Tribunal de origem, consistentes na nulidade da sentença penal condenatória, ratificada por meio do acórdão ora impugnado, em razão da ausência de fundamentação na decisão que recebeu a denúncia, da violação ao rito procedimental previsto na Lei n. 8.666/1993 e do induzimento no depoimento das testemunhas por parte da Magistrada.

Sustenta, ainda, que os Desembargadores não observaram que: 1) Não houve contraditório quando da realização da suposta análise dos cartuchos pelo sr. técnico da empresa "Lexmark"; 2) Não houve comprovação de que os supostos cartuchos analisados foram aqueles entregues pelo réu; 3) Não houve materialidade comprovada - perícia judicial não realizada (apenas análise por suposto "técnico" da empresa Lexmark, que sequer perito policial era); 4) Ausência de consumação - não pagamento pelo órgão público; 5) Prejuízo irrisório pela falta dos suprimentos e da desídia do sr. administrador do órgão; 6) Ausência de dolo; 7) Excesso na pena restritiva de direitos (e-STJ fl. 5).

Pugna, liminarmente, pela suspensão dos efeitos da condenação, nos autos do Processo n. 0002124-35.2014.8.26.0011, até o julgamento definitivo deste writ. No mérito, seja anulado todo o processo, a fim de absolver o ora paciente.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 218/220).

As informações foram devidamente prestadas pelas instâncias ordinárias (e-STJ fls. 225/229 e 230/253).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus*, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 255):

Habeas corpus substitutivo. Crimes da Lei de Licitações. Nulidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da sentença penal condenatória em razão da ausência de fundamentação na decisão que recebeu a denúncia. Inocorrência. Decisão devidamente fundamentada. Ausência de prova técnica, contraditório durante análise técnica dos cartuchos. Prejuízo irrisório. Ausência de dolo. O TJSP rebateu a contento todos os argumentos da defesa, sem que gerasse qualquer ilegalidade flagrante. Revisão do acervo probatório dos autos. Impossibilidade. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 515.068 - SP (2019/0167170-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Destarte, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se na presente impetração, em síntese, a concessão da ordem para que seja anulado o processo criminal em que figura como réu o paciente, ou, então, a sua absolvição, sob os seguintes fundamentos: nulidade da decisão de recebimento da denúncia, por ausência de fundamentação; parcialidade da Magistrada, que teria induzido o depoimento das testemunhas; violação ao rito procedimental previsto na Lei de Licitações e Contratos.

Rememorando o caso em comento, observa-se que o ora paciente, na qualidade de sócio e administrador da empresa "Galdino Comercial Ltda ME", fraudou, em prejuízo à Fazenda Pública estadual - CETESB (Companhia Ambiental do Estado de São Paulo), licitação instaurada para aquisição, venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente, vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadorias falsificadas, bem como entregando uma mercadoria por outra.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segundo o apurado, a CETESB, durante realização de edital eletrônico de contratações do Estado de São Paulo, ocorrido em 27 de maio de 2011, efetuou cotação eletrônica de preço, modalidade licitatória cabível à espécie, para aquisição de cartuchos de tinta para impressoras originais, sendo que a sociedade empresarial "Galdino Comercial Ltda ME" apresentou melhor oferta de preços, tendo sido então aceita e homologada em 30/5/2011.

Diante disso, foi expedida nota de empenho em favor da empresa "Galdino Comercial Ltda ME" a fim de que fornecesse os seguintes produtos: 10 (dez) cartuchos de toner para impressora HP, 08 (oito) cartuchos de toner para impressora LE e 07 (sete) cartuchos de toner para impressora LE. Ocorre que, apesar do atraso, os produtos foram entregues pelo denunciado à CETESB na data de 07/07/2011, ocasião em que se constatou a contrafação da mercadoria, pois estas não estavam identificadas com a etiqueta do fornecedor. Diante disso, os produtos foram encaminhados para a empresa *Lexmark* a fim de constatar sua originalidade.

No entanto, o laudo técnico da empresa *Lexmark* verificou que os produtos entregues pela "Galdino Comercial Ltda ME" eram contrafeitos, tratando-se de "cartuchos *Lexmark* remanufaturados em embalagens falsificadas" pois apresentavam "embalagens falsificadas, selos de segurança e lacre falsificados e marcas de ranhuras nos cartuchos". Diante da falsificação, remanufaturamento e contrafação dos produtos entregues à CETESB, tal organismo público suportou prejuízo no valor de R\$ 6.194,00 (seis mil cento e noventa e quatro reais).

Recebida a denúncia (e-STJ fl. 38), o paciente foi pessoalmente citado e apresentou, por meio de defesa constituída, resposta à acusação (e-STJ fls. 40/57), oportunidade em que requereu o emprego do rito processual previsto na Lei n. 8.666/1993.

Por sua vez, o Ministério Público concordou com o pedido expresso da defesa, requerendo, após o interrogatório do paciente, seja aberto novo prazo de dez dias para a oferta de defesa escrita e, na sequência, a designação de audiência de instrução (e-STJ fls. 76/78).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Juíza de Direito, Dra. Aparecida Angelica Correia, deferiu o pedido defensivo, salientando, contudo, que *o rito especial previsto na Lei 8666/93 deve ser observado uma vez que requerido pela Defesa e pelo representante do Ministério Público, no entanto, o rito ordinário (mais amplo a Defesa) não traria nenhum prejuízo ao acusado, que foi devidamente assistido em sua defesa preliminar e, caso não fosse absolvido sumariamente, teria a oportunidade de ser ouvido em interrogatório, após a realização de todas as provas produzidas, o que sobremaneira seria muito favorável, até porque esclareceria todos os pontos apresentados durante a instrução criminal (e-STJ fl. 79).*

Nos termos do art. 104 do referido diploma legal, no dia 25/9/2017, o paciente foi interrogado (e-STJ fl. 81), apresentando nova resposta à acusação (e-STJ fls. 83/85).

A Magistrada, no dia 17/10/2017, manteve o recebimento da denúncia, argumentando que a peça acusatória preenche todos os requisitos legais, bem como, *não é o caso de absolvição sumária, nos termos do artigo 397 do CPP (com redação dada pela Lei 11.719/08), pois a tese da ilustre Defesa depende de colheita de provas, o que se fará, através do contraditório, respeitado o direito a ampla defesa e a todas as garantias constitucionais (e-STJ fl. 94).*

Durante a instrução processual, nos termos do art. 105, ainda da mesma lei, foram ouvidas três testemunhas comuns (e-STJ fls. 117/137), uma testemunha da defesa (e-STJ fls. 96/100) e o paciente foi novamente interrogado (e-STJ fls. 138/142).

A Ação Penal foi julgada procedente (e-STJ fls. 106/110) e o paciente foi condenado à pena de 3 anos de detenção, em regime inicial aberto, e multa, pela prática do crime tipificado no art. 96, incisos II e III, da Lei n. 8.666/1993, *in verbis*:

" 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;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

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." - grifei.

De plano, tem-se que a revisão do entendimento das instâncias ordinárias, acolhendo o pleito absolutório da defesa e examinando as 7 (sete) teses de mérito, demanda necessário revolvimento das provas dos autos, o que não se admite na estreita via do *habeas corpus*.

Confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO (LEI 8.666/93, ART. 90). DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. PENA-BASE. CULPABILIDADE ACENTUADA. EXERCÍCIO DE CARGO DE SECRETÁRIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO, FINANÇAS E ORÇAMENTO. INOCORRÊNCIA DE VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. MOTIVOS DE CRIME. FRAUDE A FUTURO CERTAME PARA PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO. NÃO CORRESPONDÊNCIA COM O TIPO DO ART. 90 DA LEI 8.666/93. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ANULAÇÃO DO CERTAME E DEVOLUÇÃO DO VALOR DAS TAXAS DE INSCRIÇÃO. PENA MANTIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA INCABÍVEL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

(HC 405.099/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe de 30/4/2019) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NEGATIVA DE AUTORIA. INEXISTÊNCIA DE MATERIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA INADEQUADA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. VARIEDADE E NATUREZA DELETÉRIA DAS DROGAS. TENTATIVA DE FUGA DO LOCAL DOS FATOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A SEGREGAÇÃO PREVENTIVA E A PENA PROVÁVEL. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A análise das teses relativas à negativa de autoria, à ausência de prova de materialidade do crime de tráfico de entorpecentes ou à desclassificação para o delito de porte de substância para uso próprio demanda o exame aprofundado de todo conjunto probatório como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória.

[...]

(HC 499.437/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 4/6/2019, DJe de 17/6/2019) - grifei.

Ainda que superada essa questão, não obstante o esforço argumentativo do ilustre patrono, no caso dos autos, a irresignação defensiva não merece acolhimento.

Quando do julgamento do recurso de Apelação Criminal, o acórdão ora impugnado foi devidamente fundamentado pela Corte paulista (e-STJ fls. 204/213):

" Prima facie, as preliminares não vingam.

Não procede a alegação de nulidade da decisão que recebeu a denúncia por ausência de fundamentação, pois tal ato não contém



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

carga decisória e dispensa a motivação, tanto que insuscetível de reexame por recurso. Trata-se de declaração positiva do juiz, no sentido de que estão presentes os requisitos fundamentais do artigo 41 do CPP, e, ausentes quaisquer hipóteses do artigo 43 do CPP.

*Com pena de mestre, o escólio de Júlio Fabbrini Mirabete pontua:
[...]*

De seu turno, a deliberação para que as partes oferecessem memoriais orais em audiência não é nula porque, apesar da adoção do rito procedimental contido na Lei nº 8.666/93, solicitado expressamente pela defesa, às fls. 244/261, a juíza fundamentou a contento a decisão ao ressaltar a aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Penal à lei especial. Tampouco se avista cerceamento da defesa, pois os defensores constituídos participaram de todos os atos instrutórios, com plena liberdade, em estrita observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Tiveram tempo suficiente para montar a estratégia defensiva mais de quatro meses entre a audiência de instrução de 29/05/2018 que foi adiada para 06.11.2018 em decorrência da greve nacional dos caminhoneiros, conforme ata de fl. 486 exposta nos debates orais e reduzida a termo, às fls. 593/594.

Também não prospera a preliminar de nulidade fundada na inobservância do artigo 212 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08 que adotou a sistemática do cross examination, pois não equivale à prova de prejuízo processual concreto.

O referido dispositivo processual não objetivou retirar do Magistrado destinatário final da prova a presidência da audiência, o compromisso com a verdade real e, por consequência, a prerrogativa dele próprio indagar testemunhas ou o réu.

Veja-se que na audiência de instrução, debates e julgamento, a defesa não se insurgiu contra a formulação de perguntas pela magistrada sequer nos debates orais; além disso, inequívoca a oportunidade dada às partes para formularem perguntas e reperguntas durante os depoimentos das testemunhas. Como a suposta ilegalidade foi apresentada apenas em sede de apelação deve ser aplicada a regra do artigo 565 do CPP.

Este Tribunal de Justiça, reiteradas vezes, rechaçou teses de nulidade tanto por inversão na ordem de formulação de perguntas do art. 212, caput e parágrafo único, do CPP, quanto por questionamentos realizados pelo Magistrado sem impugnação das partes no mesmo ato. Vide, por exemplo, o HC nº 0103884-31.2012.8.26.0000, rel. Des. Newton Neves, 24/07/12, HC nº 0081282-46.2012.8.26.0000, rel. Des. Fábio Gouvêa, 28/07/12, HC nº 0099880-48.2012.8.26.0000, rel. Des. Ribeiro dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Santos, 02/08/12, *Apelação Criminal* nº 014531-92.2014.8.26.0037, rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, 17/05/2016, *Apelação Criminal* nº 0012347-66.2014.8.26.0037, rel. Des. Laerte Marrone, 14/12/2015, *Apelação Criminal* nº 0025022-37.2009.8.26.0037, rel. Camargo Aranha Filho, 28/04/2016, *Apelação Criminal* nº 0005200-57.2012.8.26.0037, rel. Des. Bandeira Lins, 23/11/2015, *Apelação Criminal* nº 0014432-25.2014.8.26.0037, rel. Bandeira Lins, 09/11/2015, *Apelação Criminal* nº 0006333-32.2015.8.26.0037, rel. Almeida Sampaio, 16/05/2016, *Apelação Criminal* nº 0005583-85.2014.8.26.0224, rel. Des. Willian Campos, 14/04/2016.

Também o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

“Asseverou-se que, conforme assentada jurisprudência deste Tribunal, para o reconhecimento de eventual nulidade, necessário demonstrar-se o prejuízo por essa pretensa inversão no rito inaugurado por alteração no CPP, o que não teria ocorrido” (RHC 110623/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 13/03/12).

Ad argumentandum tantum, eventual declaração de nulidade exige a demonstração da existência de prejuízo pas de nullité sans grief conforme artigos 563 e 566 do CPP e Súmula nº 523 do STF, o que não ocorreu nas hipóteses em análise.

Ultrapassadas as preliminares, no mérito a irresignação não comporta acolhida.

Restou comprovado que Marinaldo José Galdino, no dia 07 de julho de 2011, em horário incerto, na avenida Professor Frederico Hermann Júnior, nº 354, Alto de Pinheiros, nesta Capital, fraudou, em prejuízo da Fazenda Pública Estadual, licitação para aquisição de mercadorias, vendendo como verdadeiros e perfeitos bens falsificados e entregando uma mercadoria por outra.

O apelante venceu o procedimento licitatório de cotação eletrônica para fornecimento de cartuchos de tinta originais para impressoras. A nota de empenho foi expedida para a empresa do réu Galdino Comercial Ltda. ME e os produtos encomendados entregues com atraso em 07.07.2011, ocasião em que funcionários da CETESB constataram a contrafação das mercadorias. Diante disso, os produtos foram encaminhados à empresa fabricante Lexmark que constatou a natureza remanufaturada dos cartuchos e a falsidade das caixas.

A materialidade está consubstanciada na notitia criminis (fls. 04/07), procedimento licitatório (fls. 27/186), nota de empenho (fls. 105/106), pedido de compra (fls. 109/110), termo de recebimento de material (fl. 125), ofício da fabricante dos cartuchos (fl. 134), laudo técnico da empresa Lexmark (fls. 135/136), cadastro da empresa do apelante (fls. 169/172 e 200/201) e na prova oral.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A autoria, igualmente, é incontroversa.

Marinaldo negou a prática do crime. Participou da licitação na condição de sócio administrador da empresa. Adquiriu os cartuchos de outra empresa indicada como MGA Informática e não desconfiou da falsidade, pois aparentavam ser originais. Tomou conhecimento dos fatos ao ser contatado pela CETESB que noticiou a falsidade dos produtos recebidos baseada em informação do fabricante Lexmark. Não recebeu nenhum valor doente público e tampouco pagou as mercadorias adquiridas para a empresa fornecedora (fls. 313/320 e 585/589).

A versão do apelante não se sustenta.

Renato Herculano Pedro Rodrigues de Carvalho, representante da fabricante Lexmark, explicou que foi à CETESB onde periciou os cartuchos referidos na nota fiscal nº 000.000.021 que foram entregues pela empresa do apelante. As embalagens não estavam violadas. Ressaltou que a verificação somente é realizada em produtos com embalagem intacta. Constatou que as embalagens, selos de segurança, lacres e cartuchos eram falsificados. Explicou que a fabricante Lexmark dispõe de atendimento ao cliente para verificação da autenticidade de produtos. Não tinha interesse algum em prejudicar o réu e tampouco mantinha contado com a testemunha Mara Fernandes (fls. 564/574).

Mara Fernandes, funcionária da CETESB, não se recordou de todos os detalhes por conta do transcurso temporal, mas confirmou o depoimento extrajudicial de fls. 193/1942. Ressaltou que verificou os cartuchos entregues pelo licitante vencedor e, ao constatar irregularidades, encaminhou-os ao setor técnico que solicitou perícia à empresa fabricante Lexmark. Não tem nenhuma ligação com a testemunha Renato ou com o réu. Disse que a CETESB suportou prejuízo consistente na demora de produção de novo procedimento licitatório após a invalidação do primeiro certame (fls. 575/584).

Nelson Bispo dos Santos, funcionário da CETESB, não se recordou dos fatos, mas confirmou que houve “alguma coisa desse assunto, algum problema nos cartuchos” (fls. 539/541).

Por sua vez, Fernanda Mariano, sócia do réu, sustentou sua inocência ao afirmar que sempre adquiriam produtos da empresa fornecedora e nunca tiveram problemas. Viu os cartuchos e afirmou a impossibilidade de saber se eram falsos. Soube da falsificação por intermédio da CETESB e, por isso, enviaram outros cartuchos. Contudo, não foram pagos (fls. 453/457).

Enfim, a anêmica e lacunosa prova testemunhal da defesa nem de perto abalou o seguro conjunto probatório produzido pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estado-acusação.

Em reforço, a análise técnica do fabricante Lexmark confirmou a falsidade dos cartuchos (fls. 135/136), litteris:

“Dos objetos: 08 cartuchos de toner Lexmark modelo 1A7460 identificados na visita. 07 Cartuchos de toner Lexmark modelo 12A7462 identificados na visita. Observações: embalagens falsificadas; selos de segurança e lacre falsificados; marcas e ranhuras nos cartuchos. Cartuchos Lexmark remanufaturados em embalagens falsificadas”.

Ressalte-se, por oportuno, a desnecessidade da presença do réu no ato da verificação dos produtos pelo representante legal do fabricante ou a prescindibilidade de perícia oficial, pois se tratava de procedimento de rotina voltado a conferir a autenticidade dos objetos comprados como forma de preservar a administração pública indireta. Não é demais repisar que os materiais estavam disponíveis para contraprova CPP, artigo 156 (TJSP Apelação criminal nº 0015679-75.2009.8.26.0050, 4ª Câmara Criminal, Relatora Desembargadora Ivana David, j. 13.03.2018). Logo, inaceitável a alegada atipicidade por ausência de materialidade.

Além disso, o edital eletrônico especificou os objetos licitados de forma clara e precisa cartuchos para impressora “100% novos, com validade mínima de 12 meses a partir da data da entrega, com identificação do fornecedor na embalagem” (fls. 70/73). Não bastasse, o termo de recebimento de material (fl. 125) remete aos cartuchos contidos na nota fiscal nº 000.000.021 apresentada pelo apelante (fl. 138). Portanto não há como acolher a tese de que os cartuchos falsos não eram os mesmos entregues pelo vencedor do certame eletrônico (TJSP Apelação criminal nº 0014899-72.2008.8.26.0050, 15ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Nelson Fonseca Júnior, j. 13.02.2014).

Inconteste que o apelante forneceu produtos contrafeitos ao órgão público ciente da ilicitude de sua conduta, sendo pouco crível que pessoa atuante em diversas licitações não constataria de pronto a irregularidade das mercadorias.

Inviável a desclassificação para a modalidade tentada, porquanto a consumação do crime ocorre com a entrega do produto contrafeito, esgotando-se aí a lesão jurídica. A vantagem ilícita percebida pelo agente em prejuízo da administração se verifica nesse exato momento. De outro giro, a posterior constatação da contrafação pela CETESB configura mero exaurimento (STJ CC 151508, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, decisão monocrática, DJe 31.05.17; TJSP Apelação criminal nº 0013155-83.2008.8.26.0198, 10ª Câmara Criminal, Relatora Desembargadora Rachid Vaz de Almeida, j. 13.11.2014). Aliás, patente o prejuízo tanto administrativo consistente no atraso das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades laborais rotineiras ante a falta do material e que perdurou até a realização de outra licitação e compra de novos cartuchos como patrimonial haja vista que o cancelamento do certame decerto implicou em custos adicionais na realização de outra compra eletrônica para suprir as necessidades do ente público.

Logo, os elementos coligidos e retro analisados provas diretas e indícios convergentes e concludentes, excludentes de qualquer outra versão factível e favorável demonstraram, quantum satis, a inequívoca intenção de fraudar o procedimento licitatório mencionado.

Não se pode olvidar que o crime do artigo 96 da Lei nº 8.666/93 configura-se quando fraudada a “licitação instaurada ou o contrato dela decorrente em prejuízo da Fazenda Pública”. Com efeito, esse diploma normativo foi editado no contexto da política de moralidade administrativa adotada pela Constituição Federal de 1988 e o bem jurídico protegido pelo dispositivo citado é garantir a respeitabilidade, probidade, integridade e moralidade do certame licitatório, mas especialmente preservar o patrimônio da Fazenda Pública. O dispositivo ora examinado visa, acima de tudo, assegurar a correção, legalidade e moralidade na realização de cada um e de todos os atos do procedimento licitatório, observando rigorosamente a regra do respeito ao bem público. Protege-se, igualmente, a probidade e dignidade da função pública, sua respeitabilidade, e busca assegurar, intransigentemente, o cumprimento do dever de fidelidade do servidor público, bem como sua integridade. A criminalização constante do art. 96 objetiva, enfim, proibir a adoção de procedimento fraudulento, procrastinatório ou desleal, que cause prejuízo à Fazenda Pública. Objetiva, ao mesmo tempo, evitar a contribuição ou participação de algum funcionário, desvirtuando a finalidade e regularidade do procedimento licitatório (BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 315).

Descabida a atipicidade da conduta com fundamento no princípio da insignificância a teor da Súmula nº 599 do STJ. Até porque o prejuízo à Fazenda Pública ficou patente diante da necessidade de realização de outra licitação pela administração pública o que à evidência importa em uma série de custos a qual não dispunha dos cartuchos de impressoras para o maquinário enquanto não ocorria a homologação do novo certame.

Em suma, ao contrário do alegado, a prova colhida é suficiente e segura para demonstrar a responsabilidade criminal dos apelantes pelo crime do artigo 96, II e III, da Lei nº 8.666/93. [...]” - grifei.

Pois bem, em relação à suposta nulidade por ausência de fundamentação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o recebimento da denúncia, não visualizo, da mesma forma que o Tribunal *a quo* consignou, manifesta ilegalidade. Porquanto, embora haja divergência doutrinária sobre a natureza jurídica da decisão que recebe a denúncia, a jurisprudência dos Tribunais Superiores possui entendimento de que tal decisão possui natureza jurídica de despacho, não necessitando fundamentação exauriente por parte do Magistrado quanto aos motivos do seu recebimento.

Tal entendimento tem como embasamento o falo de que a ausência de fundamentação é justamente para se evitar que ocorra indevida análise de mérito, ou seja, procura-se impedir o pré-julgamento do denunciado.

Mesmo porque, o artigo 396 do CPP é claro no sentido de que, nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Ora, a peça acusatória é recebida quando se encontra formalmente em ordem, ou seja, quando presentes os pressupostos processuais e condições da ação, além de lastro probatório mínimo, como no presente caso.

Portanto, se não for o caso de rejeição da denúncia, nos moldes do artigo 395 do Estatuto Processual Penal, resta ao Juiz recebê-la, não exigindo o diploma legal maiores divagações sobre o ato.

Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTEMPESTIVIDADE NÃO VERIFICADA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RECEBIMENTO DA ACUSAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO QUE PERMITE O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. ORDEM DENEGADA. O que deve ser considerado na aferição da tempestividade do recurso é a data de envio do fax. Os originais podem ser protocolados até cinco dias depois do término do prazo para recorrer (art. 2º da Lei 9.800/1999). À luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o despacho de recebimento da denúncia não se enquadra no conceito de decisão contido no art. 93, IX, CRFB, sendo-lhe dispensada a fundamentação. Estão devidamente descritos os fatos, em todas as suas circunstâncias, e o tempo do crime. A denúncia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicou o montante supostamente desviado e a origem do suposto desvio, apontando os laudos contábeis que devem ser considerados como prova. A acusação também individualizou os valores que teriam sido ilegalmente percebidos pelos denunciados, com base em laudos técnicos, do modo que não procede a alegação de cerceamento de defesa. Denúncia que permite o exercício da ampla defesa pelos recorrentes. Ordem denegada.

(RHC 87005, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 16/05/2006, DJ 18-08-2006 PP-00072 EMENT VOL-02243-02 PP-00301 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 435-443 RT v. 96, n. 855, 2007, p. 518-522) - grifei.

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA – INOCORRÊNCIA – OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS FIXADOS PELO ART. 41 DO CPP – PEÇA ACUSATÓRIA QUE ATENDE, PLENAMENTE, ÀS EXIGÊNCIAS LEGAIS – FALTA DE JUSTA CAUSA – NECESSIDADE DE INDAGAÇÃO PROBATÓRIA – INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO “HABEAS CORPUS” – RECEBIMENTO DE DENÚNCIA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO – INOCORRÊNCIA – LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – JURISPRUDÊNCIA (SEGUNDA TURMA DO STF) – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(HC 107066 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-233 DIVULG 26-11-2013 PUBLIC 27-11-2013) - grifei.

No mesmo sentido, são os precedentes da 5ª e 6ª Turmas desta Corte

Superior:

PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MERO DESPACHO DE RECEBIMENTO. NÃO EVIDENCIADO O CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO CONCRETA.

1. Não há nulidade na decisão que recebeu a denúncia, porquanto basta uma fundamentação concisa acerca da presença dos requisitos do art. 41 do referido diploma legal, até mesmo para evitar o pré-julgamento da ação penal.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(RHC 89.211/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 20/2/2018, DJe de 26/2/2018) - grifei.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 115/STJ AFASTADA PELO STF. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA EM CONTINUIDADE DELITIVA. DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Afastada a aplicação do enunciado n. 115 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.128.253/SP, verifica-se a possibilidade da concessão da ordem, de ofício, na hipótese de ocorrência de flagrante ilegalidade.

2. A decisão que recebe a denúncia possui natureza interlocutória e emite juízo de mera prelibação. Desse modo, é assente na jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que se trata de ato que dispensa maior fundamentação, não se subsumindo à norma insculpida no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. Precedentes.

O Magistrado de primeiro grau, embora de forma sucinta, contudo fundamentada, entendeu ser apta a acusação, não estando demonstrados quaisquer casos de rejeição da denúncia ou absolvição sumária. Não há, portanto, falar em flagrante ilegalidade na decisão que determina seu recebimento.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 52.916/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 5/10/2017, DJe de 18/10/2017) - grifei.

Noutro giro, em relação à alegação de inobservância ao rito procedimental previsto na Lei n. 8.666/1993, o que teria resultado em patente cerceamento de defesa, também não assiste razão o impetrante.

Conforme foi dito anteriormente, a defesa, por meio da resposta à acusação (e-STJ fls. 40/57), pleiteou, expressamente, o emprego do rito previsto na Lei de Licitações e Contratos, inclusive, solicitando que o primeiro ato da instrução fosse o interrogatório do ora paciente, mesmo considerando que o interrogatório, ao final da instrução é mais vantajoso ao acusado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, o *parquet*, nos termos da manifestação às e-STJ fls. 76/78, entendeu que assistia razão à defesa, pois a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça entende que prevalece o rito especial. Portanto, seguiu-se o rito previsto na lei 8.666/93.

Veja-se:

PENAL E PROCESSUAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME PREVISTO NO ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993. ADOÇÃO DO RITO ESPECIAL PREVISTO NA LEI DE LICITAÇÕES. LEGALIDADE.

1. O procedimento comum será a regra, salvo disposições em contrário do próprio Código de Processo Penal ou de lei especial (art. 394, § 2º, do CPP).

2. In casu, o réu foi denunciado por infração penal prevista na Lei de Licitações (art. 90). **Logo, se a Lei n. 8.666/1993 estabelece rito próprio para o processo e julgamento dos delitos nela previstos, o procedimento comum ordinário previsto no Código de Processo Penal deve ser afastado em observância ao princípio da especialidade.**

3. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 58.838/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 9/6/2015, DJe de 19/6/2015) - grifei.

Todavia, não obstante o esforço argumentativo da ilustre defesa, ao pleitear a concessão de prazo para apresentação de alegações finais, ao invés dos debates orais, assevero que tal argumento não é razão para se alegar a alteração do rito processual, tampouco configura nulidade processual, como faz crer a combativa defesa.

Apesar de Lei n. 8.666/93 prever que, após encerrada a instrução processual, será aberto o prazo de 5 (cinco) dias a cada parte para alegações finais, a substituição pelos debates orais não trouxe, no caso concreto, efetivo prejuízo à defesa.

Conforme salientou o Juízo de primeiro grau, quando da prolação da sentença penal condenatória (e-STJ fls. 106/110):

" Inicialmente é importante ressaltar que embora trate-se de Lei especial 'Licitações - Lei 8.666/93', o Código de Processo Penal poderá ser aplicado subsidiariamente, como também a Lei de Execuções Penais. No caso em questão, em que pesem os argumentos do Ilustre Dr. Defensor, entendo que os debates



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realizados nesta data não trouxeram qualquer prejuízo à pessoa do acusado, isto pois o nobre Dr. Defensor participou de todos os atos processuais e acompanhou de maneira muito efetiva todo o processo, sendo conhecedor de todos os detalhes inerentes à defesa do réu Marinaldo José Galdino, portanto apesar de constar na Lei Especial o prazo de 05 dias para memoriais, o Defensor teve um longo prazo para se preparar-se para referida audiência pois a audiência agendada para 29/05/2018, às 13:40 horas em razão da paralisação dos caminhoneiros no Estado de São Paulo foi agendada para a presente data, portanto mais de 04 meses, assim sendo, não há que se falar em prejuízo para a defesa por época da realização dos debates finais"

Observa-se que, o fato do Juízo de primeiro grau ter convertido as alegações finais em memoriais não acarretou qualquer prejuízo à defesa, ao revés, tornou o processo mais célere e eficaz, atendendo aos preceitos modernos do processo penal.

É cediço que a Lei n. 11.719/2008 alterou o Código de Processo Penal a fim de lhe propiciar maior celeridade. Ao seu turno, a Lei n. 8.666/1993 prevê em seu art. 105 o mesmo procedimento anteriormente tratado pelo Código de Processo Penal, qual seja, a possibilidade de alegações finais no prazo de 05 (cinco) dias.

Como se pode observar, acertadamente, aplicou-se subsidiariamente o Código de Processo Penal ao processo, pois mais moderno e célere, atingindo da mesma forma a concretude do ato. De modo que a realização de alegações finais orais em audiência não acarretou prejuízo à defesa, que exerceu plenamente o seu direito ao contraditório e a ampla defesa.

Nesse diapasão, não se pode olvidar da incidência dos artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal, os quais preveem que sem a demonstração de eventual prejuízo, o qual não se presume, não há que se falar em nulidade, visto que vigora em nosso ordenamento jurídico o consagrado postulado *pás de nullité sans grief*.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados do STF e do STJ:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRÁFICO DE ARMAS E MUNIÇÕES. POSSE E DETENÇÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXPLOSIVOS E ARTEFATOS. CRIME DE LAVAGEM DE BENS, DIREITOS E VALORES. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. DECISÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS FUNDAMENTADAS. IMPETRAÇÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. É incabível o exame per saltum de fundamentos não apreciados pelo órgão judiciário apontado como coator. 2. Pelo que se tem nas instâncias antecedentes, a quebra do sigilo telefônico não foi a primeira providência investigativa, estando devidamente fundamentadas as decisões de primeiro grau que a autorizaram sucessivamente. 3. Verificada na espécie a indispensabilidade da quebra do sigilo, sendo apresentadas razões de relevante interesse público e exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades, o sigilo não pode prevalecer, impondo-se a medida excepcional. 4. O Agravante e o Interessado foram condenados com base em elementos concretos e independentes dos diálogos telefônicos, que demonstram e identificam, por outros meios de provas, a atuação nos fatos criminosos a eles imputados. 5. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção** 6. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(RHC 123890 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 15-05-2015 PUBLIC 18-05-2015) - grifei.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. PRONÚNCIA. SUPOSTA NULIDADE NA JUNTADA DE PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA APÓS O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. MATÉRIA NÃO VENTILADA NO MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRECLUSÃO. EFETIVO PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ART. 563 DO CPP. OITIVA TESTEMUNHAL NÃO CONSTOU DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. As nulidades no procedimento da primeira fase dos crimes dolosos contra a vida devem ser arguidas até a sentença de pronúncia, sob pena de preclusão. Assim, a defesa deveria ter debatido a matéria quando da interposição do recurso em sentido estrito, oportunidade na qual todas as máculas do primeiro estágio do procedimento do Júri são suscitadas. 2. É cediço que, segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível, quando se trata de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alegação de nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado pelo legislador no art. 563 do Código de Processo Penal, in verbis: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

3. No caso, conforme o consignado pelo Tribunal de origem, o depoimento da testemunha Rafaela, que supostamente teria causado a nulidade em questão, nem sequer foi citado na decisão de pronúncia.

Portanto, não se vislumbra efetivo prejuízo para o recorrente, nos termos do consagrado postulado pas de nullité sans grief.

4. Recurso ordinário em habeas corpus improvido.

(RHC 111.755/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 6/6/2019, DJe de 27/6/2019) - grifei.

Por fim, quanto à alegação de induzimento do depoimento das testemunhas pela Magistrada, tal arguição não merece prosperar.

A defesa sustenta, em síntese, que *as testemunhas foram induzidas em suas respostas, e ainda, foram instadas a emitirem juízos de valor, o que não pode ser aceito ou encorajado, na medida que contaminaram os depoimentos colhidos e, conseqüentemente, fundamentaram o injusto édito condenatório (e-STJ fl. 14).*

Inicialmente, a previsão legal de que não serão admitidas perguntas que puderem induzir a resposta, prevista no artigo 212 do Código de Processo Penal, aplica-se somente às partes, quais sejam defesa e acusação, que poderiam induzir a resposta das testemunhas para defenderem suas teses.

Veja-se o inteiro teor do dispositivo legal:

" Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida."

No entanto, tal regra não se aplica ao Magistrado, que é imparcial e, conseqüentemente não induzirá nenhuma testemunha durante sua oitiva. Na hipótese, o que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vislumbra, na verdade, são esclarecimentos feitos pela Magistrada a ponto de elidir qualquer dúvida quanto à narrativa da testemunha. Ao contrário do alegado, as perguntas da Magistrada não influenciaram a resposta de RENATO, apenas as esclareceram, deixando-as muito mais simples de serem compreendidas. É o que se pode depreender de acordo com a integral inquirição da referida testemunha, acostada às e-STJ fls. 117/127.

No mais, consoante destacou a Promotora de Justiça do MPSP, Dra. Amaitê Iara Giriboni de Mello (e-STJ fl. 176), as perguntas realizadas pela Magistrada foram confeccionadas com base no próprio relatório emitido pela testemunha, sendo que se buscou apenas confirmar o teor integral deste.

E, ao entendimento prolatado pela Corte estadual, veja-se que na audiência de instrução, debates e julgamento, a defesa não se insurgiu contra a formulação de perguntas pela magistrada sequer nos debates orais; além disso, inequívoca a oportunidade dada às partes para formularem perguntas e reperguntas durante os depoimentos das testemunhas. Como a suposta ilegalidade foi apresentada apenas em sede de apelação deve ser aplicada a regra do artigo 565 do CPP (e-STJ fl. 206).

Portanto, ao meu ver, não há que se falar em prejuízo, tampouco em induzimento às respostas das testemunhas.

A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM PREVISTA NO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL, NO PONTO. DOSIMETRIA DA PENA. CONSIDERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS ÍNSITAS AO TIPO. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL CONSIGNADA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM RELAÇÃO À CULPABILIDADE E PERSONALIDADE DO AGENTE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL QUE SE IMPÕE. SANÇÃO DEFINITIVA ALVITRADA EM TEMPO INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DAS REGRAS PREVISTAS NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA, PARA DIMINUIR A PENA-BASE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARA O MÍNIMO LEGAL E FIXAR COMO REGIME PRISIONAL INICIAL O ABERTO.

1. Conforme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo Codex, não é possível reconhecer a nulidade do ato.

[...]

(HC 183.999/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 13/11/2012, DJe de 23/11/2012) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0167170-7

HC 515.068 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00021243520148260011 20190000428845 21243520148260011

EM MESA

JULGADO: 13/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HUMBERTO TIBAGI DE BARROS
ADVOGADO : HUMBERTO TIBAGI DE BARROS - SP356402
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARINALDO JOSE GALDINO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes da Lei de licitações

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.