

Superior Tribunal de Justiça

S5

HABEAS CORPUS Nº 225.757 - SP (2011/0279341-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTROS
ADVOGADO : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGÉRIO DE SOUZA PHELIPPE

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Rogério de Souza Phelippe**, apontando-se como autoridade coatora a 15ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou o *Habeas Corpus* n. 0194404-71.2011.8.26.0000 (fl. 227):

HABEAS CORPUS - INVERSÃO DA ORDEM DE OITIVAS DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO E DEFESA - EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - NULIDADE - Inocorrência: A inversão da ordem das oitivas das testemunhas de acusação e defesa não gera nulidade quando há a necessidade de expedição de carta precatória. Inteligência do artigo 222, § 1º, DO CPP. Ordem denegada.

O paciente foi denunciado como incurso nos artigos 89, parágrafo único, 90, parágrafo único, (duas vezes) 90, parágrafo único, e 92, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93 (25 vezes), na forma do artigo 69 do Código Penal; artigo 288, caput, do Código Penal, e artigo 333, parágrafo único, do Código Penal (12 vezes), na forma do artigo 69, também do Código Penal.

Apontam os impetrantes a existência de nulidade no curso da ação penal, decorrente da oitiva de algumas testemunhas de acusação, residentes em outra comarca, antes do término da oitiva de todas as testemunhas de defesa, o que, considerando-se o teor dos depoimentos, teria acarretado prejuízos à defesa.

Superior Tribunal de Justiça

S5

1. Esta Corte de Justiça firmou o entendimento de que a inversão da oitiva de testemunhas de acusação e defesa não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, cuja expedição não suspende a instrução criminal.

DENÚNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS. INICIAL ACUSATÓRIA QUE DESCREVE CRIME EM TESE. CONRSO DE AGENTES. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA.

1. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo a conduta típica, cuja autoria é atribuída ao paciente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal.

2. Nos chamados crimes de autoria coletiva, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o agir da paciente e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se entende preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Precedentes.

3. Ordem denegada.

(HC 167.900/MG, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 13/10/2011)

Ocorre, que tal entendimento prevalece quando não demonstrado efetivo prejuízo para a Defesa:

2. A teor do art. 222, § 1º, do Código de Processo Penal, na hipótese de oitiva de testemunha por carta precatória, a expedição da carta "não suspenderá a instrução criminal".

3. O Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento jurisprudencial de que a inquirição de testemunha de Defesa, por meio de carta precatória, antes da produção da prova oral acusatória **não configura nulidade**, mormente se não demonstrado o prejuízo. 4. **Hipótese em que não houve qualquer prejuízo**, pois as testemunhas da defesa limitaram-se a depor sobre o comportamento social do réu. (HC 74805, Re. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 05.04.2010)

No caso, alegam os Impetrantes que houve sim efetivo prejuízo ao paciente considerando que *a testemunha de defesa, ouvida antes da testemunha de acusação, poderia ter testemunhado em favor do acusado sobre os fatos testemunhados pela testemunha de acusação, contrapondo a prova acusatória (fls. 15).*

No caso em apreço, as testemunhas de acusação ouvidas após

Superior Tribunal de Justiça

55

algumas das testemunhas de defesa depuseram sobre as acusações que pesam sobre o paciente e a impossibilidade de se ouvir as testemunhas de defesa após a oitiva das testemunhas de acusação sobre o que foi por elas dito caracterizaria, em tese, efetivo prejuízo à Defesa.

Disse a impetração:

'Segundo a denúncia: "JACKSON PEARGENTILE era homem de confiança de Rogério, nomeado em 1] de novembro de 2006 para exercer o cargo em comissão de Diretor de Divisão Municipal de Compras e Licitações (...) O auxiliava no controle da Câmara dos vereadores e na defesa dos interesses contratuais e econômicos das empresas de Rogério junto à prefeitura de Rosana, como, por exemplo, a confecção dos contratos e dos aditivos e reajustes, e, ainda, a confecção de laudos de medição irreais e inidôneos. Em troca, também recebia propina"(p. 63 da denúncia, doc. 01).

Sobre JOSÉ ARLINDO DA SILVA, diz a denúncia:"também era homem de confiança de Rogério.(...) Na prefeitura, continuou a defender os interesses das empresas de Rogério, inclusive na confecção dos laudos de medição, apenas formais, que não expressavam a realidade, e também dos aditivos e reajustes contratuais (...) tanto José Arlindo como Jackson auxiliavam Rogério nas contratações, eis que com ele se reuniam para tratar de detalhes sobre os certames, como, por exemplo, a inclusão de alguma exigência que afastasse prováveis licitantes"(p. 64 e65 da denúncia, doc. 01).

Sobre MARCOS ANTÔNIO DELFINO GONSHIOR, narra a denúncia:"era o Diretor Financeiro da Prefeitura da Rosana. Também recebia propina de Rogério. Competia-lhe 'proteger o dinheiro que seria repassado pela prefeitura à Presserv em pagamento pelos serviços supostamente prestados"(p. 68 da denúncia, doc. 01).

Pois bem.

A fim de demonstrar a suposta associação entre o paciente Rogério, Jackson, José Arlindo e Marcos Gonshior, o Promotor de Justiça perguntou à testemunha de acusação FABRÍCIO PEREIRA DE MELO, Procurador Jurídico da Prefeitura de Rosana (SP), acerca da existência de proximidade entre eles, bem como sobre a existência de 'acertos' envolvendo o prefeito, 'assessores' - leia-se:JACKSON, JOSÉ ARLINDO e MARCOS GONSHIOR - e empresários - leia-se: o paciente ROGÉRIO-

Veja-se a resposta de FABRÍCIO PEREIRA DE MELO:

'Tenho conhecimento através de informações recebidas na prefeitura de que havia proximidade entre o então prefeito Jurandir Pinheiro, Jackson, Rogério, José Arlindo, Marcos Antonio Gonschior, que era

Superior Tribunal de Justiça

S5

tesoureiro da prefeitura naquela época. Não tenho conhecimento detalhado sobre a proximidade das pessoas que mencionei com ex prefeito (...) Ouvi comentários na prefeitura sobre a existência de 'acertos' envolvendo prefeito, assessores e empresários, mas não sei identificar quem disse isso até porque isso não era falado abertamente. Os comentários eram generalizados, não apontavam este ou aquele. Não tenho conhecimento de como funcionava o esquema (...) como eu disse anteriormente existiam comentários entre os servidores do município de forma que não sei indentificar um ou outro tenha dito (...)Trabalhei com as advogadas do município, dra. Cíntia, Dra. Rita e dra. Rita de Cássia, além da contadora da prefeitura, da qual não me recordo o nome. Na prefeitura trabalhavam duas advogadas de nome Rita. O que me lembro dessa Rita é que ela e esposa de um comerciante local conhecido como Jorge do Sacolão'(doc. 07).

Como se vê, a testemunha fez afirmações sobre a proximidade entre os acusados e sobre a existência de 'acertos' entre o prefeito, 'assessores' e 'empresários' com base em 'informações recebidas na prefeitura' de outros servidores que trabalhavam com o depoente e, especificamente, nomeou as advogadas de seu setor - Dra. CÍNTIA, DRA. RITA e DRA. RITA DE CÁSSIA MALESKI, as quais, portanto, poderiam ser a fonte das 'informações'.

Ocorre que quando a testemunha de acusação FABRÍCIO PEREIRA DE MELO foi ouvida, a citada servidora da prefeitura Dra. Rita, que vem a ser a testemunha de defesa Rita Elena de Melo, já tinha sido ouvida (doc. 06 - depoimento gravado por meio audiovisual juntado por petição em separado), de forma que a defesa do paciente ficou impossibilitada de perguntar para ela se realmente teria informado à testemunha de acusação FABRÍCIO acerca de tal proximidade entre os acusados e o paciente e, especialmente, sobre a existência de supostos 'acertos' envolvendo o prefeito, assessores e o paciente.

Frise-se que a testemunha de defesa RITA ELENA DE MELO poderia, inclusive, ter negado ser a fonte de tais 'informações', além, é claro, de negar ter ouvido qualquer informação em tal sentido, o que seria muito importante para contraditar a prova acusatória de que existiria uma proximidade entre o empresário ROGÉRIO e os 'assessores' da prefeitura acima mencionados, de forma a afastar uma eventual condenação pelo crime de formação de quadrilha ou bando e pelas supostas corrupções.

Entretanto, o paciente e sua defesa técnica foram surpreendidos com as perguntas feitas pelo Promotor de Justiça, até mesmo porque, não há, nos autos em que ocorrida a inversão, a juntada de anterior depoimento da testemunha de acusação FABRÍCIO PEREIRA DE MELO.

Ainda, e especificamente no que toca à suposta corrupção do acusado JACKSON, o paciente busca provar que, na verdade, os valores supostamente entregues a ele não eram a título de propina, mas sim, na verdade, para o pagamento de pessoas que alugavam veículos, tratores, roçadeiras e outras máquinas e equipamentos para empresa do paciente.

HC 225757

C502453809341@
2011/0279341-0

C502453809341@
Documento

Página 5 de 1

Superior Tribunal de Justiça

55

Isso porque, em decorrência de atrasos de tais pagamentos, alguns desses fornecedores, como no caso de ANTONIO MARCOS MACHADO, pediam para que o acusado JACKSON - que antes de trabalhar na prefeitura de Rosana havia trabalhado na empresa do paciente - intercedesse para tentar receber o pagamento das locações.

A testemunha de acusação ELIANE MACEDO DA SILVA NEVES, perguntada sobre tais fatos, expressamente afirmou:

"Não se pode afirmar se JACKSON levava dinheiro para pagamento de locações de veículos e equipamentos. MACHADO de Rosana era proprietário de um caminhão. JACKSON não levou dinheiro para MACHADO. MACHADO locava o caminhão à empresa Presserv. Ele próprio vinha receber em Presidente Prudente e até ficou com crédito para receber" (doc.07).

Ocorre que a testemunha de defesa ANTONIO MARCOS MACHADO já tinha sido ouvida antes da oitiva da testemunha de acusação Eliane, o que causou enorme prejuízo ao exercício da defesa técnica do paciente. Ora se a testemunha de acusação ELIANE tivesse sido ouvida primeiro, ao proceder à inquirição da testemunha de defesa ANTONIO MARCOS MACHADO, a defesa técnica do paciente teria condições de fazer perguntas cujas respostas poderiam, de uma forma mais efetiva, contrapor a prova acusatória.

Poderia, por exemplo, ter perguntado todos os detalhes sobre tais pagamentos feitos por JACKSON ao locador MACHADO, como, por exemplo, o local onde tais pagamentos eram realizados, se alguma outra testemunha os presenciou, enfim, exercer a defesa técnica da maneira ampla como lhe assegura a Constituição Federal.

O mesmo se diga em relação a valores supostamente entregues ao acusado MARCOS GONSHIOR, que era tesoureiro da prefeitura municipal de Rosana. A defesa busca provar que valores entregues à MARCOS GONSHIOR eram, na verdade, para serem entregues a GENÉSIO ANTONIO VERNACHI em razão de veículos que este alugava à empresa do paciente. Entretanto, a testemunha de acusação ELIANE MACEDO DA SILVA NEVES, afirmou:

"GENÉSIO locava diversos veículos para a empresa PRESSERV. GENÉSIO era sócio ou parente de MARCOS GONSHIOR. Não havia atraso no pagamento do aluguel de DENÉSIO e MARCOS acompanhava para que isso ocorresse. Nunca efetuou o pagamento para MARCOS em reação às locações de GENÉSIO"(DOC. 07).

Ocorre que, da mesma forma, a testemunha de defesa GENÉSIO ANTONIO VERNACHI (doc. 05, depoimento por audiovisual juntado em separado) já tinha sido ouvida antes da testemunha de acusação ELIANE, o que provocou enorme prejuízo ao exercício da defesa técnica do paciente. Repita-se, se a testemunha de acusação ELIANE tivesse sido ouvida antes da testemunha de defesa GENÉSIO, a defesa técnica do paciente teria melhores condições de contradita a prova acusatória,

Superior Tribunal de Justiça

S5

isto é, de fazer perguntas que poderiam desdizer o que foi dito pela testemunha de acusação.

Por outro lado, o paciente é acusado de pagar vantagem indevida ao funcionário público ERCÍLIO JORGEM CAVALHARES DA SILVA.(.....).

A testemunha de acusação ELIANE MACEDO DA SILVA NEVES, perguntada sobre tais fatos, expressamente afirmou:

"A depoente também depositou dinheiro para Ercílio Jorge que era funcionário da CESP de São Paulo mediante depósito em dinheiro na conta bancária dele perante a Nossa caixa. (...)A empresa PRESSERV tinha preferência no pagamento em relação a outros credores. Isso ocorria porque a CESP, através de Ercílio, efetuava o pagamento para a prefeitura em nome de Marco Gonshior que por sua vez depositava numerário na conta da PRESSERV. Isso tudo ocorria na cidade de São Paulo. A depoente tem conhecimento desses fatos porque acompanhava com o acusado Rogério o desenrolar desses pagamentos através de telefonemas as pessoas que estavam em São Paulo. O acusado Rogério viajava para São Paulo para acompanhar o pagamento da CESP para a prefeitura e solicitava informações da depoente sobre o repasse para a empresa PROSSERV"(doc.07).

Ocorre que a pessoa que acompanhava o paciente a tais reuniões na CESP em São Paulo - e, portanto, poderia ter confirmado o teor absolutamente lítico de tais reuniões - era a testemunha de defesa ONOFRE BICEGLIA NETTO (doc. 03), a qual já tinha sido ouvida antes do depoimento da testemunha de acusação ELIANE MACEDO DA SILVA NEVES.

Frise-se que a testemunha de defesa ONOFRE BICEGLIA NETTO confirmou em seu depoimento que *"em algumas viagens que fez para a empresa em São Paulo, Eliana chegou a pagar o Hotel da rede Ibis para o depoente com seu cartão bancário pessoal (...)"(doc. 03).*

Ou seja, a testemunha de defesa ONOFRE BICEGLIA NETTO, não obstante respondendo a pergunta não relacionada com o suposto pagamento de propina a ERCÍLIO, confirma ter realizado viagens a São Paulo pela empresa do Paciente, o que demonstra que ela tem conhecimento sobre tais fatos.

Entretanto, como a testemunha de defesa ONOFRE BICEGLIA NETTO foi ouvida antes da testemunha de acusação ELIANE, a defesa do paciente não teve como perguntar a ONOFRE sobre o que teria sido tratado em tais reuniões, quem efetivamente participou de tais reuniões, se o acusado ERCÍLIO participou ou não de tais reuniões, enfim, a defesa do acusado ficou impossibilitada de contraditar a prova acusatória feita por meio do depoimento de ELIANE!.

Ainda, tem-se que o paciente é acusado da suposta corrupção do prefeito JURANDIR PINHEIRO.

Superior Tribunal de Justiça

S5

A testemunha de acusação ELIANE MACEDO DA SILVA NEVES, ouvida depois das testemunhas de defesa, expressamente afirmou: "(...) Rogério entregou dinheiro para a depoente repassar para o prefeito Jurandir (...)".

Ocorre que conforme narra a própria denúncia, o paciente sustenta que o então prefeito exigiu que ele alugasse veículos e equipamentos de determinadas pessoas, sob pena de não receber os valores devidos pela prefeitura, ou seja, o paciente teria sido vítima de concussão:

"o réu Rogério confirmou o pagamento de propina ao então prefeito Jurandir Pinheiro, ainda que a propina tenha sido travestida de lícita, através de contrato de prestação de serviços:(...)" (p. 54 da denúncia, doc. 01).

Ora, a testemunha de defesa ONOFRE BICEGLIA NETTO (doc. 03), que foi ouvida antes da testemunha de acusação ELIANE, poderia ter testemunhado no sentido de que JURANDIR PINHEIRO, na verdade, teria ido até o escritório da empresa do paciente na cidade de Presidente Prudente para cobrar o pagamento dos veículos locados dos referidos tio JORGE e WAGNER VASCONCELOS, principalmente porque, conforme já visto em depoimento anteriormente transcrito, era comum o atraso nos pagamentos das locações.

Aliás, frise-se que a testemunha de defesa ONOFRE BICEGLIA NETTO, que era encarregado da supervisão dos contratos da empresa, afirmou: *"presenciou os funcionários irem até a empresa reclamar sobre atrasos de pagamentos de férias e outras reclamações. Na maioria das vezes, os funcionários que iam até a empresa chegavam ao local acompanhados de vereadores da cidade, os quais disponibilizavam veículos particulares para levar os funcionários até a empresa (...) contrato também incluía equipamentos, tais como tratores, caminhões, retroescavadeiras, todos locados na própria cidade de Rosana pela empresa PRESSERV"*(doc. 03), o que demonstra que referida testemunha de fato sabia sobre as locações de veículos e equipamentos que a empresa realizava bem como presenciava as cobranças que os políticos do município de Rosana iam fazer ao paciente.

Entretanto, como a testemunha de acusação ELIANE MACEDO DA SILVA NEVES foi ouvida após a oitava testemunha de defesa ONOFREBICEGLIA NETTO, a defesa técnica do paciente ficou impossibilitada de lhe fazer perguntas que pudessem demonstrar a sua inocência.

Destarte, tem-se demonstrado o efetivo prejuízo que a oitava das testemunhas de defesa antes da oitava das testemunhas de acusação provocou à defesa técnica do paciente, o que violou as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, razão pela qual deve o processo ser anulado, determinando-se sejam as testemunhas de defesa novamente ouvidas, por ser medida de justiça!.

Superior Tribunal de Justiça

S5

Em um primeiro momento, demonstrado está, ao meu ver, a possibilidade de que a oitiva de testemunhas de defesa após a oitiva de testemunhas de acusação cujos depoimentos, em princípio, corroboram o que foi alegado por ocasião da denúncia, causa prejuízo efetivo à Defesa, o que impede a inversão da ordem prevista no art. 400 do CPP.

Assim, defiro a liminar requerida suspendendo a realização da audiência designada para o próximo dia 30 de novembro, até a decisão final do *writ*.

Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora.

Após a juntada das informações, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

Brasília, 17 de novembro de 2011.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator