



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2015.0000714325**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso Em Sentido Estrito nº 0042111-58.2014.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido MARCO VINÍCIUS BARBI MISSAWA.

**ACORDAM**, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso ministerial, para receber a denúncia oferecida, também contra Marco Vinicius Barbi Missawa, devendo o feito prosseguir, regularmente, até final julgamento, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DE PAULA SANTOS (Presidente sem voto), AUGUSTO DE SIQUEIRA E MOREIRA DA SILVA.

São Paulo, 24 de setembro de 2015.

**CARDOSO PERPÉTUO**  
**RELATOR**  
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Voto nº 31.112

voto número 31.112

Recurso em Sentido Estrito nº 0042111-58.2014.8.26.0050

(Proc. nº 0042111-58.2014.8.26.0050 – 11ª V. Crim. – São Paulo)

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO

Recorrido: MARCO VINICIUS BARBI MISSAWA (e outros)

1- Ao relatório da r. decisão de fls. 644/649, acrescenta-se que foi rejeitada a denúncia oferecida pelo Ministério Público contra Marcos Vinicius Barbi Missawa (e outros), na qual os acusa da prática dos crimes do artigo 4º, inciso II, “a”, “b” e “c”, da Lei nº 8.137/1990, e dos artigos 90, “caput”, e 96, incisos I e V, ambos da Lei nº 8.666/1993, em concurso material de delitos, por falta de justa causa para a propositura de ação penal, baseado no disposto no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público recorreu, em sentido estrito, à fl. 654, por intermédio de Promotor de Justiça, e apresentou as razões, às fls. 655/688, nos termos do art. 581, inc. I, do estatuto processual penal; acentuando, em síntese, e preliminarmente, que foi interposta Correição Parcial, em razão da inversão dos atos processuais, pois o Juiz “a quo”, antes de decidir sobre o recebimento ou rejeição da denúncia, mandou intimar as partes para apresentarem defesas escritas e, somente após isso, rejeitou a inicial acusatória, o que é ilegal; que houve o implícito juízo de retratação, não facultado pela lei processual penal. No mérito, aduz que os crimes delineados na inicial acusatória restaram devidamente provados e caracterizados; que houve a formulação fraudulenta de consórcios (cartel); que os fatos



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Voto nº 31.112

estão devidamente datados, com a correta descrição dos delitos referidos, e individualização das condutas; que há evidências graves e concordantes da prática dos crimes referidos. Requer, assim, seja reformada a r. decisão de primeiro grau, para que a denúncia ofertada seja recebida, com o regular prosseguimento do feito.

A Defesa apresentou contrarrazões ao recurso, às fls. 699/743; houve manutenção da decisão recorrida, à fl. 744; e a Procuradoria de Justiça, às fls. 767/790, opinou pelo provimento do recurso ministerial.

**É o relatório.**

2- É inegável que o inconformismo da Justiça Pública é plenamente arrazoado e o seu pleito de reforma da decisão de primeiro grau deve ser acolhido, integralmente, não devendo subsistir a decisão recorrida, em que pesem os judiciosos argumentos dispostos no *decisum* de fls. 644/649.

De logo, **não** há preliminar a se apreciar, neste momento, pela superação da questão, pois já houve o **desconhecimento da Correição Parcial** interposta pelo Ministério Público, sob o entendimento de que a matéria seria analisada no presente Recurso em Sentido Estrito (cf. Correição Parcial nº 9000007-92.2014.8.26.0050).

Com efeito, a rejeição da denúncia **não** foi acertada – e aqui, visto isso, como acima referido, não se verifica necessidade de análise



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Voto nº 31.112

sobre o momento de sua rejeição na Primeira Instância. Através de uma análise atenta e minuciosa dessa peça inicial acusatória, verifica-se que **o órgão da acusação, após uma meticulosa e esmiuçada investigação sobre fatos e condutas, tendo formado a *opinio delicti*, diante do que constava nos documentos acostados aos autos, confrontados com os dizeres legais dispostos na tipificação dos crimes imputados aos denunciados (cf. fls. 02/26-A), narrou o fato considerado criminoso, com todas as suas circunstâncias**, ressaltando, a final, que os denunciados deveriam responder pela acusação das práticas dos crimes contra a ordem econômica e contra a administração pública. A peça inicial de acusação, como se vê, obedeceu, à risca, o enunciado do artigo 41 do Código de Processo Penal. As condições da ação penal estão presentes e concorrentes. Cabia, então, o efetivo recebimento da denúncia, para que a instância penal se instaurasse, com regularidade, eis que há indícios de autoria da infração penal atribuída ao recorrido.

A autoria e a materialidade dos delitos restaram apuradas na fase do Procedimento Investigatório Criminal (cf. cópias juntadas). E o lúcido e alentado parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça bem aponta nessa direção, pois, “...já no despacho de fls. 530 dos autos, o MM. Juiz referiu expressamente que *“Pelos documentos juntados aos autos, há evidências da formação de cartel entre as empresas apontadas na denúncia visando, pelo menos a elevação artificial de preços praticados em licitações promovidas por órgãos públicos estaduais. Tais indícios permitem que se estabeleça a relação jurídico-processual. ...”* Insta acentuar ser entendimento pacífico o de ambos os crimes – de formação de cartel e



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Voto nº 31.112

*fraude à licitação – são formais, não se exigindo a efetiva burla à concorrência, bastando entabulação de acordos visando a fraude à concorrência, ainda que essa, efetivamente, não chegue a termo”* (cf. fls. 769/770). O artigo 4º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990, diz que o crime se constitui quando o convenio **visa** determinado objetivo; e o artigo 90 da Lei nº 8.666/1993, diz que o delito se constitui quando o ajuste (entre os agentes) fraudava o caráter competitivo da licitação **com o objetivo de obter** vantagem. Ou seja, são crimes formais, repita-se. Nesse momento, não há necessidade de entrarmos no mérito das condutas.

Continuando, o Nobre Procurador oficiante escreve:-  
*“Ademais, as condutas delituosas dos denunciados, incluída a do recorrido, foram suficientemente delineadas na peça acusatória, não havendo que se exigir mais do que foi apresentado, até porque, nesta fase, vigora o princípio do *in dubio pro societate*”* (cf. fl. 774).

A questão relativa ao “acordo de leniência” celebrado pela empresa Siemens, de fato *“não é indicativo **absoluto** da ocorrência de crime, podendo ocorrer tão somente para evitar penalização no âmbito administrativo”* (grifo nosso – cf. fl. 647), mas não é um **indício**, e forte, da ocorrência de crime? E como acima já ressaltado, nessa fase ainda vigora o *in dubio pro societate*.

A troca de *e-mails* relatada, narrada e copiada na denúncia (cf. fls. 24/26), também **não é prova absoluta** da intenção da prática de cartel pelos acusados, mas não podemos apenas entender tais conversas como uma *“cogitatio absolutamente ineficaz”* (cf. fl. 645),



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Voto nº 31.112

pois, aqui, também entendemos que se trata de um dos **indícios** do cometimento de delitos contra a ordem econômica e contra a administração pública.

Assim, observa-se que os fatos e condutas descritos na pormenorizada inicial acusatória, em princípio, constituem os delitos previstos no artigo 4º, inciso II, “a”, “b” e “c”, da Lei nº 8.137/1990, e nos artigos 90, “caput”, e 96, incisos I e V, ambos da Lei nº 8.666/1993, em concurso material; os quais devem ser apurados, regularmente, pois **há claros e irrefutáveis indícios** de sua materialidade e autoria. Em uma análise perfunctória do procedimento investigatório, inicialmente, **não** há como se concluir pela inexistência desses delitos.

Como se vê, **havia justa causa para a persecução em juízo**. Imprescindível o recebimento da denúncia e a instauração da instância penal. No decorrer da instrução criminal, assegurados o contraditório e a ampla defesa, serão colhidas as provas, que serão analisadas e valoradas por ocasião da oferta da prestação jurisdicional.

A decisão recorrida, *data venia*, valorou, inadequadamente, em momento não oportuno, o mérito da ação, o que é inadmissível. Os argumentos expostos ali, embora respeitáveis, não devem subsistir. A certeza, ou não, da responsabilidade penal do recorrido e dos outros denunciados, só será alcançada depois de terminada a instrução criminal, pois, **do mesmo modo como não se aceita condenação precipitada, desrespeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, também não se aceita absolvição prematura**. Nesse passo, *data maxima venia*, toda a argumentação do Ilustre Magistrado



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Voto nº 31.112

a quo, seja na decisão atacada, seja no despacho que a manteve, **não** pode prevalecer.

A acusação se propôs, ao oferecer a alentada denúncia, demonstrar, durante a instrução criminal, que houve a prática de crimes, com todos os seus contornos. Como já se ressaltou, houve estrita observância do que vem disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal. Logo, era incabível a rejeição, de plano – ainda que já apresentada defesa escrita –, da peça acusatória, sem dar à Justiça Pública a **oportunidade de produzir a prova** que confirmasse a acusação, não se deslembrando que, **ao mesmo tempo, dar-se-ia à defesa o seu pleno exercício**, assegurando-se os postulados constitucionais já referidos. Portanto, a conduta do recorrido, em tese, é típica e antijurídica, sendo inviável coarctar, de pronto, a atividade persecutória, promovida, legitimamente, pelo Ministério Público, eis que há dados perceptíveis da viabilidade da propositura da ação penal.

DAMÁSIO E. DE JESUS enfatiza que “o juiz não pode trancar a ação penal por meio de *habeas corpus* a pretexto de não estar provado no inquérito policial aquilo que a acusação se propõe a demonstrar na instrução, se a denúncia descreve fato que constitui crime. O STF já decidiu nesse sentido (RTJ. 75/454), argumentando incabível o exame da prova policial, uma vez que isso importaria absolvição sem processo (RECRIM., 90.697, DJU. 30.11.79, página 8986)” (“Código de Processo Penal Anotado”, Editora Saraiva, 15ª edição, 1998, pág. 47). Num respeitável julgado do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que bem ilustra o caso ora em apreço, ficou decidido que “não pode o magistrado de 1º grau rejeitar a



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Voto nº 31.112

*denúncia que bem descreve a conduta, baseado em impressões subjetivas que a propósito tenha acerca das provas, mas sim por um convencimento fundamentado, haurido após a instrução criminal, pois somente a fundamentação poderá evitar o arbítrio e dar às partes a oportunidade de conhecer de que forma operou-se a valoração dos elementos probatórios*” (TRF, 3ª Região, São Paulo, R.C. nº 92.03.72630-6-SP, Relator THEOTONIO COSTA, publ. no D.J.U. de 22.02.1996, *in* RT – 733/721). No mesmo sentido: RTJDTACRIMSP – 6/234.

O Ilustre Juiz *a quo*, com a devida vênia, entendeu que os fatos e condutas ora apreciados não constituem infrações penais, porque, em síntese, não continham “*qualquer potencialidade lesiva*”, não existiu nenhuma “*antijuridicidade*” nas condutas, não houve “*lesão ou perigo concreto de lesão*” ao bem jurídico protegido pela lei, e os acordos em tese firmados entre os acusados não produziram “*nenhum efeito no processo licitatório*”; ou seja, não houve “*concretude suficiente*” nas condutas (cf. fls. 644/649). Mas, como acima já disposto, **não cabe aqui adentrar no mérito da causa**, o qual deverá ser melhor apurado durante a instrução criminal.

Por fim, destaca-se, novamente, que houve, inegavelmente, antecipação indevida da análise do mérito, coarctando a atuação do Ministério Público, titular da ação penal.

Assim, não obstante os respeitáveis argumentos do Digno Magistrado que proferiu a decisão, em Primeira Instância, o reclamo ministerial, reforçado em Segunda Instância, há que ser acolhido e em





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Voto nº 31.112

consequência o recurso interposto deve ser provido.

Ante o exposto, **dá-se provimento** ao recurso ministerial, para receber a denúncia oferecida, também contra Marco Vinicius Barbi Missawa, devendo o feito prosseguir, regularmente, até final julgamento.

**CARDOSO PERPÉTUO**  
RELATOR