HABEAS CORPUS Nº 503.271 - SP (2019/0100035-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	MARCO AURELIO PINTO FLORENCIO FILHO E OUTROS
ADVOGADOS	:	MARCO AURÉLIO PINTO FLORÊNCIO FILHO - SP255871 RODRIGO DOMINGUES DE CASTRO CAMARGO ARANHA - SP343581 MARINA RODRIGUES LOURENÇO - SP390699
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	:	LUIZ MARINHO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LUIZ MARINHO apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (HC n. 5027153-68.2018.4.03.0000).

Consta dos autos ter sido o paciente denunciado pela suposta prática, ambos por três vezes, dos crimes previstos no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 e no art. 312, *caput*, do Código Penal.

Impetrado *habeas corpus* no Tribunal de origem objetivando a remessa do processo para a Justiça estadual ou o trancamento da ação penal, a ordem foi denegada nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 80/82):

> *PENAL. PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO HEFESTA. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, INÉPCIA DA DENÚNCIA E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO OBSERVADAS. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. A Justiça Federal é competente para processar e julgar a ação penal de origem, haja vista que o projeto de construção do Museu do Trabalho e do Trabalhador decorreu de convênio firmado entre o Município de São Bernardo do Campo e a União, com utilização de verbas federais, aplicando-se a orientação contida na Súmula nº 208 do Superior Tribunal de Justiça. Outrossim, ainda que não tenha sido utilizada verba federal na fase do procedimento licitatório tratado na ação de origem, a existência de conexão entre os fatos narrados nessa denúncia e naquela oferecida em outra ação penal na qual o paciente também é réu atrai a competência da Justiça Federal, nos termos da Súmula nº 122 do Superior Tribunal de Justiça. Aplicação ao caso do disposto no art. 109, IV, da Constituição Federal.*
>
> *2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que "o trancamento da ação penal, em , constitui medida habeas corpus excepcional que só deve ser aplicada nos casos (i) de manifesta atipicidade da conduta, (ii) de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou (iii) de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas" (HC 137.575/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.06.2017,*

Dje-135 DIVULG 21.06.2017, PUBLIC 22.06.2017). Precedentes.

3. No caso, a denúncia descreve detalhadamente os fatos imputados ao paciente, que, em tese, configuram os crimes previstos no art. 89, , da caput Lei nº 8.666/1993, e no art. 312, , do Código Penal e teriam causado caput prejuízos consideráveis aos cofres públicos em decorrência de alegadas fraudes nos procedimentos voltados à construção do Museu do Trabalho e do Trabalhador.

4. A denúncia não é inepta. Ao contrário, atende aos requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal e não se amolda a qualquer das hipóteses descritas em seu art. 395, pois contém a adequada exposição do fato criminoso e suas circunstâncias, além de trazer a narrativa de fatos que, em princípio, são dotados de tipicidade.

5. A inexistência de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não observadas no caso em análise.

6. O exame dos autos revela, nos limites de cognição do , a habeas corpus prova da materialidade e a existência de indícios suficientes de autoria quanto às condutas imputadas ao paciente, capazes de assegurar o regular o prosseguimento da ação de origem, haja vista que nessa fase da persecução penal impõe-se a observância do princípio , não sendo in dubio pro societate necessária a mesma certeza que se exige para a condenação, quando então vige o princípio in dubio pro reo.

7. A demonstração das condutas imputadas ao paciente e sua eventual responsabilização devem ser dirimidas no âmbito da ação penal, pois demandam dilação probatória, incompatível com o rito deste writ.

8. Ordem denegada.

No presente *writ*, sustentam os impetrantes que "não há nos autos qualquer indício de infrações penais cometidas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, o que atrairia para a Justiça Federal a competência para processar a lide, em obediência ao disposto nos artigos 109, inciso IV c.c 25, § 1º, ambos da Constituição Federal. Desta forma, o processamento e julgamento da Ação Penal n.º 0003237-18.2017.4.03.6114, pelo MM. Juízo da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Bernardo do Campo (SP), viola frontalmente o princípio constitucional do juiz natural e a vedação à criação de Tribunal de Exceção, garantidos a todos os cidadãos pelos incisos LIII 2 e XXXVII 3 do artigo 5º, da Magna Carta. Não obstante, tal situação viola, também, a legislação internacional, consubstanciada na Convenção Americana de

Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada pelo Brasil em 06 de novembro de 1992 através do Decreto nº 678/1992, que prevê a indispensabilidade do juiz natural e da competência do Juízo para processar fatos em apuração judicial" (e-STJ fl. 11).

Ponderam que "todos estes projetos foram financiados com verba exclusivamente municipal, e não oriundas do Ministério da Cultura! Isso porque, como inclusive alegado pelo *Parquet* Federal, a celebração de um convênio com o Governo Federal depende da pré-existência de um estudo preliminar da obra, que tem por objeto analisar a viabilidade do projeto, um projeto básico e um estudo museológico, os quais devem ser apresentados ao Ministério da Cultura no momento da solicitação do repasse de verbas" (e-STJ fl. 14).

Asserem que "tais alegações ministeriais e, também, a alegada incompetência da Justiça Federal para processar a lide, são corroboradas pelo extrato das movimentações bancárias da conta corrente nº 45.947-X, agência 0427, do Banco do Brasil, conta bancária exclusiva do Convênio nº 744791/2010, utilizada pela União para repassar os valores conveniados ao Município de São Bernardo do Campo (SP), que demonstra, de forma inconteste, que o primeiro repasse de verbas federais ao Município se deu em 22 de junho de 2012, mediante a transferência de R$ 1.044.800,00 (Doc. 08, Prova 21, Fl. 52). Portanto, os repasses feitos ao município de São Bernardo do Campo (SP) foram realizados em momento posterior à elaboração dos projetos básico e museológico e estudo preliminar do Museu do Trabalho e do Trabalhador, objetos da Ação Penal em comento, cujos fatos se desenrolaram antes sequer da celebração do Convênio com a União Federal. Em sendo assim, não teria como tais projetos serem custeados com verbas federais, como alegado pelo Ministério Público Federal, vez que constituem requisitos prévios para a solicitação do repasse de verbas, motivo pelo qual foram financiados exclusivamente com verbas municipais" (e-STJ fls. 14/15).

Destacam que "há uma contradição entre a argumentação trazida pela d. Autoridade Coatora, uma vez que aduz que 'o projeto de construção do Museu do Trabalho e do Trabalhador decorreu de convênio firmado entre o Município de São Bernardo do Campo e a União, com utilização de verbas federais' e, no parágrafo seguinte, reconhece a inexistência de verbas federais no caso, ao dizer que 'ainda que não tenha sido utilizada verba federal na fase do procedimento licitatório tratado na ação de origem, a existência de conexão entre os fatos narrados nessa denúncia e naquela

oferecida nos autos da ação penal nº 0004143-08.2017.4.03.6114 atrai a competência da Justiça Federal'. Ressalta-se, contudo, Eminente Ministro, que não há, nem na Ação Penal nº 0003237-18.2017.4.03.6114 e nem na mencionada Ação Penal nº 0004143-08.2017.4.03.6114, a utilização de verbas federais, uma vez que todos os fatos narrados nestes casos são anteriores à celebração do Convênio" (e-STJ fl. 18).

Pontuam que, "tanto na Ação Penal nº 0003237-18.2017.4.03.6114 quanto na Ação Penal nº 0004143-08.2017.4.03.6114, ambas decorrentes das denúncias relacionadas à 'Operação Hefesta' ofertadas pelo Ministério Público Federal até o momento, não há imputação de prejuízos a bens, serviços ou interesses da União! E não há que se falar que 'a análise da competência deve ter por objeto a integralidade da imputação penal, qual seja, a malversação de verbas federais atreladas ao Convênio n.º 744791-MINC/FNC', pois não se pode admitir uma 'competência da Justiça Federal por perspectiva', pela expectativa de propositura de novas ações penais que tenham como objeto crimes praticados em detrimento de bens de interesse da União! Ora, o fato de os estudos preliminares objeto da Ação Penal em comento instruírem um Convênio com o Ministério da Cultura, o que traria aporte de verbas federais, não enseja a competência da Justiça Federal. A competência da Justiça Federal somente tem lugar caso haja o dispêndio de verbas Federais, conforme jurisprudência deste próprio Eg. Tribunal Superior" (e-STJ fls. 19/20).

Afirmam que "eventual conexão da Ação Penal em comento com outras Ações Penais que serão, eventual e futuramente, propostas em decorrência da 'Operação Hefesta', uma vez que, até o momento, nenhuma exordial acusatória versando sobre desvio de verbas federais foi ofertada pelo *Parquet* Federal, sendo incabível o reconhecimento de conexão com outras demandas sequer ajuizadas, sob pena de considerar-se uma eventual 'conexão virtual' com ações que só existem no imaginário dos d. Membros do Ministério Público Federal. Saliente-se, ainda, que a denúncia que originou a Ação Penal nº 0003237-18.2017.4.03.6114 foi proposta em 20 de junho de 2017, ou seja, há 1 ano e 10 meses, sem que, até o momento, qualquer denúncia versando sobre a malversação de recursos públicos oriundos da União tenha sido proposta, o que deixa claro a leviandade das alegações ministeriais no que tange à propositura de novas denúncias" (e-STJ fl. 21).

Alegam a inépcia da peça acusatória, pois, "ao longo da narrativa elaborada pelo Órgão Ministerial, constam inúmeras condutas que supostamente teriam

sido praticadas por terceiros, 'por determinação' do ex-Prefeito LUIZ MARINHO, ou por algum sujeito que estaria 'previamente ajustado' com o Paciente, sem que haja menção a condutas efetivamente realizadas pelo Paciente ou indícios probatórios das alegadas 'determinações'" (e-STJ fl. 27). Enfatizam, ainda no ponto, que "a indicação de condutas praticadas por terceiros que, em tese, teriam decorrido de determinação emanada de LUIZ MARINHO, impede o regular exercício do direito de defesa, uma vez que não há descrição clara e objetiva de quais teriam sido estas determinações ou sequer em quais situações teriam ocorrido! São meras ilações, desprovidas de qualquer descrição concreta das circunstâncias que teriam ocorrido tais 'determinações' ou o 'ajuste prévio'" (e-STJ fl. 37).

Asseveram, também, inexistir justa causa para a ação penal ofertada em desfavor do ora paciente, uma vez que, "nas 88 (oitenta e oito) páginas da exordial acusatória, e nos 160 GB de elementos de prova juntados aos autos, o então Prefeito de São Bernardo do Campo, Sr. LUIZ MARINHO, raramente é mencionado! Inclusive, na própria r. decisão que ratificou o recebimento da denúncia (Doc. 05), o d. Juízo da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Bernardo do Campo (SP) confirma a precariedade do acervo probatório produzido em face do Paciente, aduzindo que, se o Ministério Público Federal não lograr êxito de comprovar a efetiva participação do Paciente nos fatos apurados durante a instrução penal, será hipótese de aplicação do princípio do *in dubio pro reo*" (e-STJ fls. 48/49). Assinalam que, sendo assim, "não há como não se concluir que os fatos narrados na exordial acusatória foram imputados ao Sr. LUIZ MARINHO única e exclusivamente por ser, à época, Prefeito do Município de São Bernardo do Campo (SP), em clara hipótese de responsabilização penal objetiva, o que é rechaçado pelo ordenamento jurídico brasileiro" (e-STJ fl. 53), e que "não há que se aduzir que o então Prefeito, Sr. LUIZ MARINHO, deveria ele próprio fiscalizar os contratos firmados, ou vistoriar o procedimento licitatório realizado, uma vez que estas atribuições recaem sobre as Secretarias envolvidas na obra, motivo pelo qual incabível a responsabilização do Prefeito por eventuais irregularidades cometidas" (e-STJ fl. 54).

Buscam, liminarmente, seja sobrestado o andamento da ação penal em questão.

No mérito, pugnam o reconhecimento (a) da incompetência da Justiça Federal para o processamento do feito, (b) da ausência de justa causa para o processo ou (c) da inépcia da denúncia.

É, em síntese, o relatório.

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso ordinário em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.

Em juízo de cognição sumária, não visualizo manifesta ilegalidade no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência, pois, no tocante à alegação de incompetência da Justiça federal, não se pode, ao menos nessa etapa preliminar, desprezar o que foi consignado pelo Juízo de primeiro grau e ratificado pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 71/73).

Por outro vértice, o trancamento da ação penal na via eleita consiste em medida excepcional, justificando-se somente quando se revelar, de plano, a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade, a evidente ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade e a inépcia da denúncia – em flagrante prejuízo à defesa –, constatações essas de difícil alcance no juízo perfunctório próprio do pleito emergencial, sobretudo se for considerado o que consta do acórdão impugnado (e-STJ fls. 73/80).

Assim, não obstante os fundamentos apresentados pela defesa, mostra-se imprescindível uma análise mais aprofundada dos elementos de convicção constantes dos autos, sem o que não há como verificar o alegado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, **indefiro a liminar**.

Solicitem-se informações ao Juízo de primeiro grau e ao Tribunal de origem, ressaltando-se que esta Corte Superior deverá ser informada de qualquer alteração no quadro fático atinente ao tema objeto deste expediente.

Requeira-se, ainda, senha para acesso aos andamentos processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do Conselho Nacional de Justiça.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator