HABEAS CORPUS Nº 503.411 - SP (2019/0100728-7)

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. 5027157-08.2018.4.03.0000).

Consta dos autos ter sido o paciente denunciado pela suposta prática dos crimes previstos no art. 90 c/c, o art. 84, § 2º, ambos da Lei n. 8.666/1993 e no art. 299, parágrafo único, 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. 90/91):

> *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. 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. 90, c.c. o art. 84, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, e no art. 299, parágrafo*

único, do Código Penal e teriam causado 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, relacionadas à sua participação, em concurso de pessoas (CP, art. 29), aos supostos esquemas fraudulentos narrados na denúncia, bem como 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 "a inicial acusatória ofertada pelo Ministério Público Federal aborda tão somente supostos vícios existentes ao longo do procedimento licitatório para a contratação de empresa para a execução da obra do Museu do Trabalho e do Trabalhador, etapa esta que não envolveu o pagamento de valores para a empresa vencedora do certame, logo, sem indicação de prejuízo a bens, serviços ou interesses da União, imprescindível para a fixação de competência da Justiça Federal, conforme dispõem os artigos 109, inciso IV, c.c. 25, §1º, ambos, da Constituição Federal" (e-STJ fl. 10). Discorrem que "eventuais condutas relacionadas, em tese, ao desvio de recursos públicos, incrivelmente, segundo a versão do Ministério Público Federal, serão objeto de nova denúncia, a qual, segundo o *Parquet* Federal, contém indícios de utilização de recursos públicos oriundos do Governo Federal, o que não

ocorre na Ação Penal nº 0004143-08.2017.4.03.6114, ora em apreço. Ressalta-se, por oportuno, que a denúncia que originou a Ação Penal em comento foi proposta em 03 de outubro de 2017, ou seja, há 17 meses, sem que, até o momento, qualquer denúncia relacionada a eventual peculato tenha sido proposta" (e-STJ fl. 11).

Ponderam que, "da leitura do v. acórdão supra colacionado, nota-se que o Exmo. Desembargador Federal defende a aplicação da Súmula nº 208 do Superior Tribunal de Justiça ao presente caso, que dispõe que 'Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal'. Ocorre, Em. Ministro, que a matéria sumulada é inaplicável ao presente caso, uma vez que não houve desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal! Não há, nos autos da Ação Penal em comento, sequer a imputação de peculato ou qualquer outro crime que possa ter como resultado o desvio de verbas de origem federal, uma vez que a denúncia aborda tão somente fraude à licitação e falsidade ideológica" (e-STJ fl. 15).

Narram que "aduz o d. Juízo da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Bernardo do Campo (SP) que 'o fracionamento das imputações não tem qualquer repercussão na definição da competência' (Doc. 04, Fl. 1236). No entanto, Eminente Ministro, por óbvio o fracionamento das imputações repercute na fixação da competência, uma vez que, decorrido mais de um ano desde a última acusação, ainda não existe nova denúncia que justifique o alegado prejuízo a bens da União! Ou seja, o Órgão Ministerial aduz na inicial acusatória que novas denúncias seriam apresentadas, alegando que 'os fatos típicos relacionados à fraude na execução do contrato serão objeto de denúncia apartada' e que 'as imputações de peculato serão oportunamente apresentadas, em nova exordial acusatória' (Doc. 02, Fl. 35). No entanto, em mais de um ano ainda não conseguiu reunir provas suficientes do alegado para a efetiva propositura de nova(s) inicial(is) acusatória(s)" – e-STJ fl. 16.

Pontuam que "na denúncia em comento não há menção a pagamentos supostamente feitos à Construtora vencedora do certame licitatório, qual seja, CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES CEI LTDA. e, consequentemente, não há verbas, bens ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas no caso que

poderiam atrair a competência do Juízo Federal, nos termos dos artigos 109, inciso IV c.c. 25, §1º, ambos, da Constituição Federal e da Súmula nº 208 do Eg. Superior Tribunal de Justiça, fica afastada, de forma inegável, a competência da Justiça Federal para processar e julgar os fatos em apuração na Ação Penal nº 0004143-08.2017.4.03.6114. Corrobora o alegado, ainda, o fato de que o 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), 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. 05, Prova 21, Fl. 52), ou seja, em momento muito posterior aos fatos em apuração na Ação Penal nº 0004143- 08.2017.4.03.6114" (e-STJ fls. 17/18).

Defendem que, "para além da incompetência do Juízo, há que se ressaltar a incompetência do Ministério Público Federal para propor a exordial acusatória, por ausência de legitimidade. Em sendo ilegítima a parte – como o é na Ação Penal nº 0004143-08.2017.4.03.6114 -, não há como existir condições para o exercício de eventual ação penal, sendo imperiosa a rejeição da exordial, em atenção ao disposto no artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal" (e-STJ fl. 21).

Alegam a inépcia da denúncia, pois, "ao longo da narrativa elaborada pelo Órgão Ministerial, constam inúmeras condutas que supostamente teriam sido praticadas por terceiros, 'por determinação' ou 'por delegação' do ex-Prefeito LUIZ MARINHO, sem que haja a indicação mínima de como ocorreram referidas 'determinação' e 'delegação', como pode ser inclusive verificado pela leitura dos trechos colacionados no v. acórdão vergastado e ora destacados, na transcrição supracitada. Ainda que existam menções ao Sr. LUIZ MARINHO, nota-se que da simples leitura da denúncia ofertada não há como se saber de que forma teria se dado a efetiva participação do Sr. LUIZ MARINHO nas condutas delituosas supostamente declinadas pelo Ministério Público Federal para a concretização do suposto crime de Fraude à Licitação, pois o Ministério Público Federal não traz qualquer elemento probatório que lastreie suas alegações" (e-STJ fls. 32/33). Enfatizam, ainda no ponto, que "uma descrição bem delineada dos fatos traria elementos que demonstrassem a efetiva participação de cada

Acusado na prática dos delitos imputados. Em relação ao Paciente, contudo, verifica-se na denúncia uma série de ações cometidas 'a mando' do Sr. LUIZ MARINHO, sem a mínima descrição de como teria se dado tal ordem, tampouco indicação de apenas um elemento probatório que trace o nexo de causalidade entre o Paciente e os fatos que lhe são imputados, o que impede sobremaneira o exercício da defesa e, consequentemente, o devido processo legal" (e-STJ fl. 34).

Afirmam que, "também em relação ao delito previsto no artigo 90 da Lei de Licitações, imputado ao Paciente, é necessária a descrição do dolo específico do sujeito ativo, conforme entendimento recentemente exarado, igualmente, por este Eg. Superior Tribunal de Justiça" (e-STJ fl. 42).

Destacam que, assim como observado em relação ao delito de fraude à licitação, há inépcia da denúncia no tocante ao crime de falsidade ideológica, "por ausência de descrição efetiva das condutas supostamente praticadas pelo Sr. LUIZ MARINHO, sem as quais não é possível exercer o direito constitucional de defesa do Paciente, com fulcro nos artigos 5º, incisos LIV e LV da Carta Magna; artigo 8º, item 2, alínea 'b' da Convenção Americana de Direitos Humanos e 395, inciso I, do Código de Processo Penal" (e-STJ fl. 48).

Enfatizam, por fim, inexistir justa causa para a ação penal tanto no que concerne ao delito de fraude à licitação quanto ao crime de falsidade ideológica.

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 nesta etapa preliminar, desprezar o que foi consignado pelo Juízo de primeiro grau e ratificado pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 82/84).

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 considerado o que consta do acórdão impugnado (e-STJ fls. 84/90).

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, 11 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator