



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 164544 - SP (2022/0132892-1)

RELATOR : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**
RECORRENTE : MARCELO LIMA BARCELLOS DE MELLO (PRESO)
ADVOGADOS : RALPH TORTIMA STETTINGER FILHO - SP126739
THIAGO AMARAL LORENA DE MELLO - SP240428
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. FRAUDE À LICITAÇÃO. INVESTIGAÇÕES NO ÂMBITO ESTADUAL ARQUIVADA PELO JUÍZO INCOMPETENTE. NOVA INVESTIGAÇÃO NO ÂMBITO FEDERAL. MESMOS FATOS. AUSÊNCIA DE FATOS NOVOS. ILEGALIDADE VERIFICADA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. PRECEDENTES.

1. No caso, ao indeferir o pedido de arquivamento do inquérito policial, o Tribunal consignou que, "restando configurado interesse direto da União Federal (art. 109, IV, da Constituição Federal), a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Federal, enquanto a atribuição investigativa cabe à Polícia Federal.", entendendo também que, "uma vez inequívoca a competência absoluta federal para apurar os fatos narrados, o arquivamento de inquérito policial em sede estadual, incompetente para processamento e julgamento do feito, não pode obstar a condução das investigações em âmbito federal". Todavia, os atos praticados pelo paciente são narrados, em ambos os feitos, de forma bastante semelhante, possibilitando concluir que os fatos que ensejaram o início das investigações pela Polícia Civil são os mesmos que ensejaram a abertura de investigações pela Polícia Federal, não apresentando, assim, fatos novos a ensejar a reabertura das investigações, nos moldes do art. 18 do Código de Processo Penal.

2. Portanto, em que pese a incompetência absoluta, se perante a Justiça estadual já houve o arquivamento do feito pelos fatos investigados, então também na Justiça Federal deve o inquérito ser arquivado, ressalvadas provas novas.

3. Recurso em *habeas corpus* provido para trancar o Inquérito Policial n. 5013734-28.2020.4.03.6105/SP e todas as medidas determinadas em decorrência desse inquérito.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto contra acórdão assim ementado (fl. 923):

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DO ARTIGO 157, § 2º, II E §2º-A, DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR JÁ ANALISADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DEPROCESSO PENAL. TESES DEFENSIVAS QUE DEMANDAM EXAMEAPROFUNDADO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE VIA HABEAS CORPUS. ORDEM DENEGADA.

1. O impetrante pleiteia a suspensão de inquérito policial, argumentando bis in idem e ausência de justa causa que justifique sua instauração.

2. Verifica-se nos autos principais que houve pedido de empenho, no valor de R\$3.116.053,00, sendo que a fonte das verbas a serem empregadas na contratação dos Hospitais de Campanha seria federal. Ainda que no outro pedido de empenho conste como fonte de recursos a fonte estadual, é assente a prevalência da competência da Justiça Federal, conforme se depreende, inclusive, da leitura do enunciado nº 122 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

3. Assim, restando configurado interesse direto da União Federal (art. 109, IV, da Constituição Federal), a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Federal, enquanto a atribuição investigativa cabe à Polícia Federal. Uma vez inequívoca a competência absoluta federal para apurar os fatos narrados, o arquivamento de inquérito policial em sede estadual, incompetente para processamento e julgamento do feito, não pode obstar a condução das investigações em âmbito federal.

4. Não procede o argumento pela ausência de justa causa. A Súmula nº 645 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que os delitos de fraude à licitação são formais, isto é, independem do resultado para sua consumação. De acordo com os precedentes que deram origem ao entendimento sumulado, "o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório" (STJ, REsp 1.484.415/DF, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe de 22/2/2016).

5. No que tange a alegação de atipicidade da conduta, extrai-se da própria decisão ora impugnada que "o presente inquérito policial abarca investigação abrangente, que apresenta indícios não só da suposta prática do crime inserido no artigo 90 da Lei n. 8.666/93 (atual artigo 337-F da nova Lei 14.133/21), como possíveis outras condutas, que se subsumiriam a outros delitos, tais como os dos artigos 288, 299,304, 317 e 333, estes do Código Penal, sem prejuízo de outros delitos constatados". no curso da investigação

6. O trancamento de inquérito policial, na estreita via do *habeas corpus*, constitui medida excepcional, que apenas se justifica quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a presença cabal de excludente, a extinção da punibilidade ou a inexistência flagrante de indícios de autoria ou materialidade, circunstâncias não evidenciadas neste writ.

7. Assim sendo, uma vez que a presente investigação está em curso e pode envolver diversos crimes, é deveras temerário concluir pela ausência de justa causa no atual estágio da investigação.

8. Ordem denegada

Consta dos autos que foi instaurado inquérito policial para apuração de crime de fraude à licitação em desfavor do recorrente.

Impetrado prévio *mandamus* na origem, a ordem foi denegada. Opostos embargos de declaração, os mesmos foram acolhidos para sanar erro material, passando a constar da ementa do acórdão embargado:

Processo penal. Investigação pelo crime do artigo 90 da *Habeas corpus* lei nº 8.666/93 (atual artigo 337-f da nova lei 14.133/21) e outras condutas. Trancamento do inquérito policial. Alegação de *bis in idem*. Interesse da união federal. Competência federal. Alegação de ausência de justa causa afastada. Delitos formais. Trancamento que representa medida excepcional. Ordem denegada.

Na presente insurgência, sustenta a defesa que a abertura de inquérito jamais poderia ter ocorrido, pois os mesmos fatos já foram alvo de arquivamento, não existindo novas provas aptas para subsidiar nova apuração penal em desfavor do recorrente.

Afirma a inexistência de justa causa para o prosseguimento da ação penal, o que enseja o seu trancamento.

Ressalta que, nesse contexto, a Justiça Federal é incompetente para o julgamento do feito, pois, ainda que tenha sido arquivado e presidido por "autoridade policial desprovida de atribuição" (963), os fatos já foram apreciados na Justiça estadual.

Liminarmente, busca a suspensão do inquérito; no mérito, seu trancamento.

A liminar foi indeferida, as informações foram prestadas e o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso ordinário, para que seja determinado o arquivamento do inquérito policial instaurado pela Polícia Federal, com a ressalva do art. 18 do CPP.

É relatório.

VOTO

No que se refere ao tema, consta no voto condutor do acórdão recorrido (fls. 915-918):

Conforme se verifica do ID 57746095, pp. 31/33, do pedido de busca e apreensão nº 5009688-59.2021.4.03.6105, relacionado ao inquérito policial nº 5013734-28.2020.4.03.6105, houve pedido de empenho (nº 2020PE1396), no valor de R\$ 3.116.053,00 (três milhões, cento e dezesseis mil e cinquenta e três reais), sendo que a fonte das verbas a serem empregadas na contratação dos Hospitais de Campanha seria federal.

Ainda que no outro pedido de empenho (nº 2020PE1397) conste como fonte de recursos "2.3120000" (ID 43631185, p. 03, do IP nº 5013734-28.2020.4.03.6105), normalmente referente à fonte estadual, é assente a prevalência da competência da Justiça Federal, conforme se depreende, inclusive, da leitura do enunciado nº 122 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, restando configurado interesse direto da União Federal (art. 109, IV, da

Constituição Federal), a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Federal, enquanto a atribuição investigativa cabe à Polícia Federal.

[...]

Uma vez inequívoca a competência absoluta federal para apurar os fatos narrados, o arquivamento de inquérito policial em sede estadual, incompetente para processamento e julgamento do feito, não pode obstar a condução das investigações em âmbito federal.

Os impetrantes argumentam a ausência de justa causa. Destacam que o procedimento referente à contratação emergencial foi arquivado, de modo que não foram realizados pagamentos, e não houve dano ao Erário.

O argumento não procede. A Súmula nº 645 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que os delitos de fraude à licitação são formais, isto é, independem do resultado para sua consumação. De acordo com os precedentes que deram origem ao entendimento sumulado, "o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração (STJ, REsp 1.484.415/DF, Sexta Turma, ou com a fraude no procedimento licitatório" Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe de 22/2/2016).

No que tange a alegação de atipicidade da conduta, extrai-se da própria decisão ora impugnada que "o presente inquérito policial abarca investigação abrangente, que apresenta indícios não só da suposta prática do crime inserido no artigo 90 da Lei n. 8.666/93 (atual artigo 337-F da nova Lei 14.133/21), como possíveis outras condutas, que se subsumiriam a outros delitos, tais como os dos artigos 288, 299, 304, 317 e 333, estes do Código Penal, sem prejuízo de outros delitos constatados no curso da investigação".

O trancamento de inquérito policial, na estreita via do habeas corpus, constitui medida excepcional, que apenas se justifica quando verificadas, de plano, a atipicidade da conduta, a presença cabal de excludente, a extinção da punibilidade ou a inexistência flagrante de indícios de autoria ou materialidade, circunstâncias não evidenciadas neste writ.

[...]

O inquérito policial que embasa este habeas corpus destina-se a apurar eventual cometimento do delito previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/93, sem prejuízo de outras condutas a serem apuradas no decorrer das investigações. Extrai-se dos autos que há indícios a lastrear a instauração e o prosseguimento do Inquérito Policial.

Consigno que o inquérito policial é procedimento administrativo inquisitivo que busca viabilizar a atividade persecutória do Estado, destinando-se à colheita de elementos probatórios acerca da materialidade da infração penal e sua autoria.

Trata-se de atividade instrutória preliminar e embasadora da opinio delicti ministerial para a eventual propositura da ação penal, não sendo plausível cogitar a imposição de qualquer constrangimento ilegal contra o paciente em decorrência de sua instauração.

Assim sendo, uma vez que a presente investigação está em curso e pode envolver diversos crimes, é deveras temerário concluir pela ausência de justa causa no atual estágio da investigação.

Por essas razões, revelam-se prematuros a suspensão ou o trancamento do inquérito policial no bojo do presente writ pelo que denego a ordem.

O Juízo da 9ª Vara Federal de Campinas, no tocante ao trancamento da investigação criminal, consignou que "a competência federal é flagrante neste caso, pois existe uma investigação que apura, em princípio, a conduta de fraudar ou frustrar o caráter competitivo de certame licitatório, mediante combinação ou outro expediente, com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação.", concluindo que, " uma vez

que a presente investigação está em curso e envolve diversos crimes, e outros tantos investigados, seria e temerário concluir pela ausência de justa causa no atual estágio da prematuro investigação, sobretudo diante dos diversos elementos indiciários já acostados aos autos. Ainda, pela via do *Habeas Corpus*, qualquer trancamento de investigação ou Ação Penal é exceção." (fl. 834.)

No Tribunal de origem, como se vê, a decisão foi mantida ao argumento de que "assim, restando configurado interesse direto da União Federal (art. 109, IV, da Constituição Federal), a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Federal, enquanto a atribuição investigativa cabe à Polícia Federal". Entendendo ainda que, "uma vez inequívoca a competência absoluta federal para apurar os fatos narrados, o arquivamento de inquérito policial em sede estadual, incompetente para processamento e julgamento do feito, não pode obstar a condução das investigações em âmbito federal".

Todavia, verifica-se que a imputação veiculada perante a Justiça Federal e a estadual baseia-se nos mesmos fatos, qual seja, a apreensão de material para montagem de um Hospital de Campanha para o enfrentamento à Covid-19 que seria supostamente proveniente de uma licitação fraudulenta. (fl. 35 - Inquérito da Polícia Federal e fl. 398 - relatório da polícia civil de São Paulo.)

Cumprido destacar que o Ministério Público do Estado de São Paulo requereu o arquivamento do inquérito da Polícia Civil (fls. 845-847), sendo deferido pelo Juiz estadual (fl. 848).

Assim, os atos praticados pelo paciente são narrados, em ambos os feitos, de forma bastante semelhante, possibilitando concluir que os fatos que ensejaram o início das investigações pela Polícia Civil são os mesmos que ensejaram a abertura de investigações pela Polícia Federal, não apresentando, assim, fatos novos a ensejar a reabertura das investigações, nos moldes do art. 18 do Código de Processo Penal.

Portanto, em que pese a incompetência absoluta, se perante a Justiça estadual já houve o arquivamento do feito pelos fatos investigados perante a Justiça Federal, há que se reconhecer o arquivamento também nesta última esfera. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TORTURA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL ANTERIOR NA JUSTIÇA MILITAR PELOS MESMOS FATOS, EMBORA CAPITULADOS COMO LESÃO CORPORAL. JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. COISA JULGADA QUE IMPEDE A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO CRIMINAL NA JUSTIÇA COMPETENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

RECURSO PROVIDO.

1. A sentença proferida por juízo absolutamente incompetente impede o exame dos mesmos fatos ainda que pela justiça constitucionalmente competente, pois, ao contrário, estar-se-ia não só diante de vedado bis in idem como também na contramão da necessária segurança jurídica que a imutabilidade da coisa julgada visa garantir.

Ademais, ao se sopesar a garantia do juiz natural e o princípio do ne bis in idem, deve preponderar esse último em razão da prevalência, no que concerne a persecução penal, da dignidade da pessoa humana - axioma centro do ordenamento jurídico-constitucional - sobre o ius puniendi estatal.

2. Assim, imperioso que se impeça, na hipótese, o prosseguimento de ação penal que visa a apuração e responsabilização de realidade fática já submetida ao crivo do Poder Judiciário, embora haja diferenciação quanto à capitulação jurídica - lesão corporal e tortura -, afinal, os recorrentes cumpriram devidamente as exigências impostas quando da concessão do benefício da suspensão condicional do processo, tanto que a punibilidade foi extinta e a ação penal arquivada, o que equivale a dizer que já houve coisa julgada material, bem como retribuição estatal, ainda que advinda de Juízo incompetente, pelos fatos praticados em contrariedade ao ordenamento jurídico.

3. Recurso ordinário provido a fim de, por ausência de justa causa, extinguir a Ação Penal nº 1000096394, em trâmite perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Teresina/PI, devendo os recorrentes, se presos, serem colocados imediatamente em liberdade, salvo se estiverem custodiados por outro motivo.

(RHC n. 29.775/PI, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 18/6/2013, DJe de 25/6/2013.)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. PROIBIÇÃO DO NE BIS IN IDEM. PACIENTE CONDENADO DEFINITIVAMENTE PELOS MESMOS FATOS PERANTE ÀS JUSTIÇAS ESTADUAL E FEDERAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. RELATIVIZAÇÃO, NA HIPÓTESE, DA COISA JULGADA, PARA ANULAR A CONDENAÇÃO PERANTE À JUSTIÇA ESTADUAL E MANTER A DA JUSTIÇA FEDERAL, TENDO EM VISTA A SITUAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO PACIENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR; Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na hipótese, o paciente foi dupla e definitivamente condenado pelos mesmos fatos, perante às Justiças Estadual, anteriormente, e Federal, posteriormente. Verifica-se, ainda, que a Justiça Federal era a competente para o processo e julgamento do crime de roubo cometido contra agência dos Correios e Casa Lotérica, consoante o art. 109, inciso IV, da

CF, tendo estabelecido, inclusive, quantum de pena inferior ao definido pela Justiça Estadual.

IV - Assim, muito embora a jurisprudência desta eg. Corte tenha se firmado no sentido de que "A sentença proferida por juízo absolutamente incompetente impede o exame dos mesmos fatos ainda que pela justiça constitucionalmente competente, pois, ao contrário, estar-se-ia não só diante de vedado bis in idem como também na contramão da necessária segurança jurídica que a imutabilidade da coisa julgada visa garantir (RHC 29.775/PI, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 25/6/2013), tenho que, na hipótese, considerando a situação mais favorável ao paciente, bem como a existência de trânsito em julgado perante à justiça competente para análise do feito, deve ser relativizada a coisa julgada, anulando-se a condenação anterior proferida pela Justiça Estadual, e mantendo-se a condenação proveniente da Justiça Federal, a tornar possível a prevalência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Habeas corpus não conhecido. Liminar cassada.

Ordem concedida de ofício para anular a condenação do paciente perante a Justiça Estadual, mantendo-se a condenação pela Justiça Federal.

(HC n. 297.482/CE, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/5/2015, DJe de 21/5/2015.)

Assim, fica prejudicado o exame das demais teses defensivas.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso em *habeas corpus* para trancar o Inquérito Policial n. 5013734-28.2020.4.03.6105/SP e todas as medidas determinadas em decorrência desse inquérito.

É o voto.