

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS N. 38.230-SP (2004/0129614-8)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrantes: Arnaldo Malheiros Filho e outros

Impetrada: Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Pacientes: Antônio Bias Bueno Guillon, Américo Fialdini Júnior, Célia Procópio de Araújo Carvalho, Renata Caruso Fialdini e Viana Graber de Aquino

EMENTA

Investigação do Ministério Público. Pretensão de nulidade. Incompetência do órgão ministerial. Múnus da atividade policial. Inocorrência. Titularidade plena do **dominus litis**. Art. 129 da CF.

A titularidade plena do Ministério Público ao exercício da ação penal, como preceitua o inciso I do art. 129 da Constituição Federal, necessariamente legitima a sua atuação concreta na atividade investigatória, bem como o material probatório produzido.

A promoção investigatória do órgão acusatório, nos termos do comando constitucional, reveste-se de legalidade, sobretudo porque lhe é conferida, a partir dela, a indicação necessária à formação da opinião sobre o delito.

O Ministério Público Federal, quando presente à sessão em 2ª instância para acompanhar os feitos penais em julgamento, nos termos das normas processuais e regimentais, atua como **custos legis**, sendo-lhe facultado falar após a sustentação da defesa.

Ademais, a simples inversão da ordem não autoriza, por si só, supor que houve nulidade se o ato não altera o sentido do contraditório, já que a ampla defesa foi garantida em toda a sua extensão.

Ordem denegada, cassada a liminar concedida na sessão do dia 23/11.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, denegar o pedido, cassando a liminar anteriormente concedida. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram como Sr. Ministro-Relator. Sustentaram oralmente na sessão de 23.11.2004: Dr. Arnaldo Malheiros Filho (p/ pactes) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 1º.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de ordem de **habeas corpus**, com pedido de liminar; impetrada em favor de Antônio Bias Bueno Guillon, Américo Fialdini Júnior, Célia Procópio de Araújo Carvalho, Iliana Graber de Aquino e Renata Caruso Fialdini, os dois primeiros, diretores da Fundação Armando Álvares Penteado – Faap, a terceira, Presidente do Conselho Curador, a 4ª, advogada constituída, e a última, médica, contra decisão da Quinta Turma do TRF/3ª Região que “... denegou o **Habeas Corpus** n. 2003.03.00.024522-6 (doc. n. 1 anexo), impetrado contra ato de dois Procuradores da República em São Paulo, que contra eles instauraram e vêm conduzindo dois procedimentos investigatórios (Representações Criminais ns. 1.34.001004582/2001-49 e 1.34.001.001319/2002-89), ao arrepio da Constituição da República e do Código de Processo Penal, bem como deu provimento à Apelação Ministerial n. 2003.61.81.2007-7 (doc. n. 2), em julgamento absolutamente nulo, determinando a quebra do sigilo bancário dos quatro primeiros pacientes...” (fl. 3). Eis as ementas dos acórdãos atacados (fls. 75/76 e 77/78):

“Processo Penal. **Habeas corpus**. Meio adequado para afastar ameaça de coação à liberdade de locomoção. Atividade investigatória realizada pelo Ministério Público Federal. Possibilidade. Ausência de desrespeito a princípios de Direito Processual Penal.

1. A ameaça de coação à liberdade de locomoção está presente, tendo em vista que o procedimento administrativo instaurado pelo Ministério Público Federal pode levar a um processo-crime que, por sua vez, pode acarretar condenação à pena privativa de liberdade. Assim, adequado o meio utilizado pelos recorridos, que se valeram do **habeas corpus**.

2. Cabe à Polícia Federal a função de apurar as infrações penais em detrimento de bens, serviços e interesses da União. No entanto, o Ministério Público Federal, como titular da ação penal, não está impedido de exercer atividade investigatória cautelar, como a aludida nestes autos.

3. Ao dispor a Constituição da República que a Polícia Federal exercerá com exclusividade a função de polícia judiciária da União, deixa explícito que tal função não pode ser exercida pelas polícias civis ou militares, mas não retira o direito de eventual colheita e análise de provas do crime pelo Ministério Público.

4. Não houve desrespeito a princípios do processo penal, pois as representações criminais instauradas pelo Ministério Público Federal não são processos, mas sim procedimentos administrativos, com a finalidade de o Ministério Público Federal averiguar se existem elementos para dar início a uma ação penal, a qual deverá submeter-se aos princípios do processo penal.

6. Não se mostra correto o entendimento de que o Ministério Público Federal não pode investigar, sob o fundamento de atuação tendenciosa. A circunstância de certos elementos de prova serem coligidos por uma das partes não impede seu escrutínio adequado perante o órgão jurisdicional, que tem a função de resolver o conflito com imparcialidade.

7. Declarada, *ex officio*, a invalidade dos atos decisórios. Preliminar argüida rejeitada. **Habeas corpus denegado.**"

"Constitucional. Processual Penal. Prova. Sigilo bancário. Recurso em sentido estrito recebido como apelação. Investigação. Competência. Ministério Público.

O art. 593, II, do Código de Processo Penal diz que caberá apelação das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no capítulo anterior do Código, isto é, aquele que versa sobre o recurso em sentido estrito. Assim, recebo como apelação o recurso em sentido estrito interposto.

Da inexistência de dispositivo que atribua ao Ministério Público a função de instaurar inquérito policial e da existência de dispositivos que determinam à polícia judiciária ou às autoridades policiais a função de apurar crimes não se segue a conseqüência necessária de que os procedimentos de competência daquela Instituição estejam excluídos fatos ilícitos de caráter penal. A falta de uma regulamentação clara sobre a matéria é que suscita dúvidas sobre a legitimidade da ação ministerial no campo investigativo. Como todo exercício de poder, também o do *Parquet* enseja o risco de excesso ou abuso, e

a falta de uma disciplina legal clara dificulta o controle jurisdicional adequado. É ressalvado ao particular, notadamente ao sujeito objeto de investigação, algumas garantias naturais contra eventuais excessos e abusos, o que deve ser verificado, casuisticamente.

A exemplo do que sucede com o inquérito policial e com a ação penal, a quebra do sigilo bancário, na medida em que agride um bem juridicamente tutelado, exige justa causa. Esta consiste na formulação de uma hipótese investigativa deduzida com base em elementos mínimos de que o sujeito tenha participado de um delito constatado. Não se exige que haja prova dessa participação, pois os elementos da movimentação financeira podem comprovar tanto a procedência quanto a improcedência da hipótese.

Não pode ser autorizada a quebra do sigilo bancário de apelada contra a qual não há indício de envolvimento na prática do delito.

Pedido de quebra do sigilo bancário deferido no que toca aos demais apelados, uma vez que há indícios de que a Fundação tida como entidade beneficente de assistência social repassava, de forma indireta, valores a seus dirigentes.

Recurso parcialmente provido.”

Objetiva este *writ of mandamus*, liminarmente, a suspensão dos procedimentos apuratórios e da quebra do sigilo bancário e, no mérito, “o trancamento das representações criminais e demais peças de informação existentes no Ministério Público Federal relacionadas aos pacientes e à Fundação Armando Álvares Penteado — Faap, bem como para a declaração de que tudo o quanto nelas se produziu constitui prova ilícita, inadmissível em qualquer processo, especialmente a quebra de sigilo bancário decretada ao arrepio da Constituição Federal”.

A liminar restou indeferida, consoante decisão às fls. 67/68.

Informações prestadas às fls. 74/78.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 84/89, pelo indeferimento do *writ*.

Levado o feito a julgamento na sessão do dia 23 e após ter sido suscitado, pelo patrono dos pacientes, semelhança com outro que este Relator acabara de proferir voto favorável, atinente à discussão de crime de sonegação fiscal, a Turma decidiu por sobrestar o julgamento, até que solvida a dúvida, e, concomitantemente, deferiu a liminar, suspendendo o curso das investigações na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Não vejo como conferir abrigo à primeira pretensão de nulificar os procedimentos apuratórios, em face de possível ilegitimidade investigatória do **dominus litis**. É que a titularidade plena do Ministério Público ao exercício da ação penal, como preceitua o inciso I do art. 129 da Constituição Federal, necessariamente legitima a sua atuação concreta na atividade investigatória, bem assim, o material probatório dela decorrente.

Lembro, ainda, que o modelo pátrio se vincula ao chamado sistema processual, no qual o inquérito é precedente do contraditório, isto é, representa atividade inquisitorial à parte da ação penal, e não sujeita às nuances formais da ampla defesa. É por esse sentido que a jurisprudência e a doutrina uníssonas preconizam a natureza meramente informativa do procedimento de inquérito, podendo ser realizado por várias autoridades administrativas. A propósito, é o julgado:

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Crime de roubo qualificado. Liberdade provisória indeferida. Vício ocorrido no inquérito policial. Irrelevância. Peça meramente informativa. Negativa de autoria. Impossibilidade de exame. Dilação probatória. Decisão judicial satisfatoriamente fundamentada. Ameaça às testemunhas. Excesso de prazo. Diligência requerida pela defesa. Aplicação das Súmulas n. 52 e 64 do STJ.

1. Eventuais vícios ocorridos durante a realização do inquérito processual não implica nulidade da ação penal, mormente se já recebida a denúncia, como **in casu** ocorreu, em razão de ser aquela peça meramente informativa e não probatória. Precedentes do STJ.

2. A ação de **habeas corpus** ‘constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o exame do conjunto fático-probatório – como a sustentada tese negativa de autoria – tendo em vista a incabível dilação que se faria necessária’ (RHC n. 9.947-PR, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 23.10.2000, p. 148).

3. Devidamente fundamentada e demonstrada, com expressa menção aos fatos concretos do processo, a necessidade da manutenção da custódia cautelar do paciente, não há falar em constrangimento ilegal por ausência de motivação na negativa judicial do pedido de liberdade provisória.

4. Demora da instrução criminal corroborada pelos atos processuais praticados pela defesa do acusado, durante a fase do art. 499 do Código de Processo Penal. Aplicação dos Enunciados das Súmulas ns. 52 e 64 do STJ.

5. Ordem denegada.” (HC n. 29.873-MG, Relatora Ministra

Laurita Vaz, DJ 17.11.2003)

No contexto, portanto, a promoção investigatória do órgão acusatório, nos termos do comando constitucional e do sistema pátrio, reveste-se de legalidade, sobretudo porque lhe é conferida, a partir deles, a indicação necessária à formação da **opinio delicti**. Noutra banda, a exclusão dessa ou daquela pessoa do rol de investigados, sob o argumento de que nada tem com a entidade, não restringe a atuação ministerial ao mesmo tempo que não permite uma maior discussão em sede heróica.

No tocante ao outro tema, a opinião deste Relator assemelha-se à da Corte **a quo**, no sentido de reconhecer que a presença do *Parquet* Federal na sessão de julgamento se faz na condição de **custos legis**, a teor das disposições regimentais do Colegiado e das normas processuais aplicáveis à espécie, a não ser que fosse o caso de julgamento de ação penal originária perante o Tribunal, na qual o *Parquet* atuaria como parte. Ademais, a simples indicação de nulidade, sem a devida comprovação de prejuízo efetivo à defesa, não condiz com a realidade do processo penal, na linha do festejado princípio *pas de nulité sans grief*.

A propósito, o voto vencido do eminente Ministro Fernando Gonçalves, quando do julgamento do HC n. 18.166-SP precedente citado na impetração, bem dispôs, a meu ver, acerca da controvérsia, **verbis**:

“Neste contexto, não se visualiza nulidade ou prejuízo apto à sua declaração, pois, como amplamente reconhecido e admitido, o Ministério Público em 2ª instância atua, não como parte, mas como guardião da lei (**custos legis**), sendo-lhe possível, inclusive, confessar a acusação.

Nesta ordem de idéias, incisiva a regra do parágrafo único do art. 610 do Código de Processo Penal que, em detalhamento, ao processo e julgamento do recurso em sentido estrito dispõe que, após os anúncios de praxe, feita a exposição pelo Relator ‘o presidente concederá a palavra aos advogados ou às partes que o solicitarem e ao Procurador-Geral, quando o requerer.

Do mesmo modo, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 159, § 2º) autoriza o uso da palavra pelo MP, quando na qualidade de fiscal da lei, após o recorrente e o recorrido. A mesma disposição, consoante as informações (fl. 98) consta do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região – art. 143, § 2º.”

Ora, a despeito dos abalizados entendimentos contrários, outra não pode ser a melhor solução, sob pena de levar os julgamentos nas instâncias superiores a intermináveis discussões e a reiteradas impugnações, lembrando que o momento das arguições muitas vezes permite alusões fáticas por parte tanto da

defesa como da acusação, independentemente da ordem de sustentação.

Por fim, dito pelo patrono, da Tribuna, que o caso assemelhava-se à questão da necessidade do exaurimento do procedimento fiscal, para, a partir daí, permitir-se a invasão da discussão penal, tal não se confirma nos autos.

Realmente, a despeito de haver informações instrutórias do Instituto Nacional do Seguro Social, o fato é diverso, a teor da narrativa do pedido ministerial da quebra de sigilo bancário, constante às fls. 103/104 do apenso I, **verbis**:

“A Procuradoria da República em São Paulo instaurou em 21 de março de 2002 procedimento de investigação destinado a apurar eventual sonegação de tributos e contribuições federais pela Fundação Armando Álvares Penteado – Faap.

Segundo restou apurado, a Faap, embora fosse, até 05.10.2002, uma fundação educacional definida como entidade filantrópica pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, não atende aos requisitos mínimos exigidos pela legislação vigente para a concessão do privilégio fiscal, havendo fortes indícios de que essa fundação remunera indiretamente seus diretores, mediante a devolução de parte do dinheiro pago aos prestadores de serviço, e destina apenas uma quantia ínfima de sua receita à gratuidade.

Conforme demonstram os documentos em anexo, a advogada Iliana Graber de Aquino é sócia de Américo Fialdini Júnior, Diretor Tesoureiro da Faap, nas empresas Figra S/C Ltda e FGA Participações S/C Ltda.

Segundo apurou o INSS, Iliana recebeu da Faap, em apenas dois dias de fevereiro de 2002, os valores brutos de R\$ 212.382,07 e R\$ 319.073,68 a título de “honorários advocatícios”. Tal quantia foi depositada em sua conta-poupança no Banco Sudameris (conta n. 018/71811379).

Curioso ressaltar que, de acordo com a nota de honorários referentes aos serviços prestados à Faap (documento em anexo), no mês de janeiro de 2002, Iliana trabalhou 386 (trezentos e oitenta e seis) horas, o que equivale a dizer que trabalhou praticamente dezoito horas por dia útil em pleno mês de férias forenses!

Consta também que Iliana recebeu ajuda de custo para viagem à China no valor de R\$ 21.600,00 (vinte e um mil e seiscentos reais), juntamente com Célia Procópio e Antônio Bias. Célia e Antônio são casados e ocupam, respectivamente, os cargos de Presidente do Conselho de Curadores e Diretor-Presidente da Faap. (Documento em anexo)

Os fatos apurados são gravíssimos e há indícios que Iliana transferia uma parcela dos recursos por ela recebidos para seu sócio Américo Fialdini Júnior e para Célia e Antônio Bias.”

Vê-se, portanto, que as investigações não incidem somente sobre o substrato tributário, mas evoca a presença de outras condutas a serem analisadas oportunamente pelo **dominus litis**. Ademais, sequer existe lançamento de débito tributário a ser discutido, consoante se extrai da informação prestada pela Gerência Executiva do INSS em São Paulo, à fl. 40 do apenso 1, nos seguintes termos:

“Em consulta ao nosso sistema informatizado Dataprev, não constam registros de débitos para a Entidade.”

Ante o exposto, denego a ordem, cassada a liminar concedida na sessão do dia 23/11.

É o voto.