



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 189.130 - DF (2010/0200912-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCO ANTONIO MENEGHETTI E OUTRO
ADVOGADO : MARÍLIA DE ALMEIDA MACIEL CABRAL
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO
PACIENTE : E DE A M

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE PEÇAS DE INFORMAÇÃO. DISCORDÂNCIA DO JUIZ. ENVIO DOS AUTOS AO PROCURADOR-GERAL. DETERMINAÇÃO DA CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO EM MATÉRIA CRIMINAL (POR DELEGAÇÃO DO PGR) DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. INQUÉRITO POLICIAL DERIVADO DE ELEMENTOS DE INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. RECONHECIMENTO DE AUSÊNCIA DE ILICITUDE NA ESFERA CIVIL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO.

1. No âmbito de disciplina do art. 28 do Código de Processo Penal, não há reconhecer, estritamente, apenas as duas únicas previsões de ratificação do arquivamento ou o oferecimento de denúncia. Nada obsta que o *Parquet*, dadas as peculiaridades do caso concreto, determine o envio/retorno dos autos à Polícia para a complementação das investigações a fim de melhor estabelecer a sua *opinio delicti*. Na espécie, contudo, havia peculiaridades que tornaram inapropriada a medida.

2. O Direito Penal deve ser encarado de acordo com a principiologia constitucional. Dentre os princípios constitucionais implícitos figura o da subsidiariedade, por meio do qual a intervenção penal somente é admissível quando os demais ramos do direito não conseguem bem equacionar os conflitos sociais. *In casu*, tendo em vista o pronunciamento definitivo do Ministério Público Federal, não se apurando sequer improbidade administrativa por parte do paciente, arquivando-se o inquérito civil público, tem-se que, *ab initio*, não se justificava a instauração do inquérito policial.

3. Ordem concedida para trancar o inquérito policial federal 1403/2009-4 (2008.34.00.023870-0 - 12.^a Vara Federal de Brasília/DF)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 14 de fevereiro de 2012(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 189.130 - DF (2010/0200912-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCO ANTONIO MENEGHETTI E OUTRO
ADVOGADO : MARÍLIA DE ALMEIDA MACIEL CABRAL
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO
PACIENTE : E DE A M

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de E. de A. M., apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (HC n.º 2009.01.00.051858-4).

Ressuma dos autos que, originário de elementos colhidos do inquérito civil público 1.16.000002389/2005-25 do Ministério Público Federal do Distrito Federal, foi instaurado procedimento investigatório criminal também no âmbito do *Parquet*, para apurar a suposta prática dos crimes dos arts. 317 e 333 do Código Penal e art. 3.º da Lei 8.137/90.

Aduzem que, após quase um ano e meio da instauração do mencionado procedimento investigatório penal, o representante do Ministério Público Federal, apontando a carência de justa causa, requereu o arquivamento do feito. Todavia, o magistrado de primeiro grau serviu-se da disposição do art. 28 do Código de Processo Penal, remetendo os autos ao Procurador-Geral. Aportando o feito na 2.ª Câmara de Coordenação e Revisão em Matéria Criminal, os seus integrantes, por maioria, decidiram pela designação de outro membro do *Parquet* para acompanhar a realização de diligências.

Como não teria sido designado outro representante ministerial para o oferecimento de denúncia, mas, inusitadamente, para seguir-se nas investigações, aviou-se a prévia ordem, que restou denegada. Colhe-se de tal acórdão o seguinte:

MIGUEL REALE JÚNIOR, EDUARDO REALE FERRARI, LUIZ GUILHERME MOREIRA PORTO e MARIANA TRANCHESE ORTIZ, advogados, inscritos na OAB/SP sob os n.ºs 21.135, 225.274, 146.195 e 250.320, respectivamente, impetraram a presente ordem de *habeas corpus* em benefício de EVERARDO DE ALMEIDA MACIEL, identificado na inicial, contra ato do MM. Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, ocasião em que postulou a concessão da ordem para “(...) o trancamento da representação criminal n. 2008.34.00.032870-0, em trâmite na 12ª Vara Criminal da Justiça Federal de Brasília - DF (...)” (fl. 25).

Argumentou o impetrante, em resumo, que:

1) Em agosto de 2007, instaurou-se, no âmbito do Ministério Público Federal de Brasília, a Representação Criminal n. 1.16.000.001961/2007-09, visando a apurar suposta edição ilícita de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

normas tributárias em favor da AMBEV por parte do paciente, à época em que ocupava o cargo de Secretário da Receita Federal (...) (fl. 3);

2) Passado mais de um ano da instauração do referido procedimento investigativo criminal, o d. membro do Ministério Público Federal, Dr. Luiz Fernando Vianna, remeteu o feito à Justiça Federal de Brasília, **instruído de pedido de arquivamento das apurações penais, fundado na ausência de elementos de convicção mínimos a embasar eventual oferecimento de denúncia em face do paciente (...)** (fl. 3);

3) Distribuída a representação criminal à 12ª Vara Criminal da Justiça Federal de Brasília, sob o n. 2008.34.00.032870-0, foi com pascar que o paciente tomou conhecimento da aplicação do art. 28 do CPP, pelo MM. Magistrado Federal (fl. 3);

4) (...) é importante ressaltar que **d. autoridade judicial não fundamentou a aplicação do artigo 28 do CPP na presença de provas aptas a lastrear eventual denúncia criminal (!)**, conforme disciplina o mencionado dispositivo. Alegou a necessidade de prosseguimento das investigações, a fim de que “que se esclareçam fatos apontados em sede administrativa” (?) (doc. 03), em manifesta afronta ao sistema acusatório e ao princípio da imparcialidade judicial (fl. 4);

5) (...) os i. membros do Ministério Público Federal por unanimidade (!) consideraram inexistir justa causa para eventual oferecimento de denúncia em face do paciente. Ao invés, entretanto, de adotarem a providência devida ante tal conclusão – o arquivamento das investigações –, **por maioria acompanharam a decisão d. Juiz Federal que contra legem aplicou o art. 28 do CPP para o prosseguimento das apurações** (fl. 5);

6) Os fatos investigados na representação criminal evidentemente não constituem crime, **tanto assim que foram objeto de apuração em procedimentos investigativos conduzidos nos âmbitos civil e administrativo, os quais resultaram extintos liminarmente por patente ausência de justa causa para o seguimento de investigações tendentes à responsabilização do paciente** (fl. 5);

7) (...) a situação até aqui descrita, para além de provocar estranheza, evidencia a manifesta ausência de justa causa para o prosseguimento das investigações criminais destinadas a apontar eventual caráter criminoso de condutas do paciente as quais **já tiveram sua antijuridicidade afastada, por completo, em outros âmbitos jurídicos, ressalte-se, de menor exigência probatória da demandada na seara criminal** (fl. 13);

8) (...) o afastamento da ilicitude da conduta do paciente quer pela esfera administrativa, quer pela esfera civil, escancara a ausência de crime, haja vista que a antijuridicidade integra a própria definição do delito (fl. 14);

9) (...) a afirmada ausência de justa causa para o processamento de determinados fatos perante outras esferas jurídicas – civil e administrativa – implica necessariamente a ilegitimidade da atuação do Direito Penal (fl. 15);

10) (...) subsistem outras razões de direito para a concessão da presente ordem de habeas corpus, na medida em que evidenciam aplicação contra legem de dispositivo normativo, a vulnerar a garantia do devido processo legal e impor ilegítimo constrangimento ao paciente.

Trata-se do ilegal emprego do art. 28 do Código de Processo Penal por parte da d. autoridade coatora, para acobertar hipótese não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contemplada pela norma, a saber: distribuição dos autos a outro membro do Parquet para que promova a continuidade das investigações preliminares (fls. 20/21).

(...)

Objetiva o impetrante, no presente *habeas corpus*, o trancamento do inquérito policial instaurado em desfavor do paciente para apuração de delitos contra a ordem tributária (art. 3º da Lei nº 8.137/90), corrupção ativa e passiva em detrimento da Secretaria da Receita Federal.

A impetração assenta-se na alegação de manifesta inexistência de crime, porquanto a legislação supostamente beneficiadora da AMBEV foi editada em período no qual o paciente não mais ocupava o cargo de Secretário da Receita Federal e os decretos foram editados pelo então Presidente da República; que todos os procedimentos cíveis e administrativos foram extintos liminarmente dada a inexistência de requisitos mínimos a justificar a instauração das investigações, o que afasta a antijuridicidade da conduta; que o direito penal possui caráter fragmentário; que o sistema jurídico é unitário e portanto não há que se reputar suficiente ao prosseguimento da investigação a alegação de independência das instâncias; que o documento embasador da continuidade das investigações - "termo de constatação" - não constitui prova da prática de qualquer ilícito e, por fim, a vulneração ao princípio do devido processo legal, pois na forma do art. 28 do CPP somente poderiam ter sido adotadas duas vias, o oferecimento da denúncia ou a promoção pelo arquivamento, sendo inadmissível converter em diligências investigativas.

Passo a examinar as alegações.

O MM. Juiz impetrado, Dr. Marcus Vinicius Reis Bastos (fls. 36/37), assim decidiu:

Não assiste razão ao Ministério Público Federal.

É que o Termo de Constatação da Corregedoria-Geral da Receita Federal (fls. 149/155) é expresso em afirmar que a Comissão de Inquérito Disciplinar "...deparou-se com **provas** de produção de atos administrativos e minutas de atos legislativos, assinados pelo então Secretário da Receita Federal, que beneficiaram ilicitamente contribuintes, sendo ainda incontestado que parte desses contribuintes beneficiados efetuaram pagamentos em favor dos auditores fiscais da Receita Federal..." (destaquei).

Adiante, prossegue afirmando que "o pagamento, como restou comprovado, deu-se em contraprestação a ato ilícito, notadamente a produção de ato administrativo, editado pelo então Secretário da Receita Federal..." (grifei).

O citado documento traz, ainda, uma planilha de valores que ultrapassam a cifra de um milhão e trezentos mil reais pretensamente recebidos pelo ora Requerido, sobre os quais recomenda "...apurar se os vultosos recebimentos guardam relação com os benefícios supostamente auferidos pela empresas...".

4. As "provas" a que alude a Comissão de Inquérito Disciplinar dizem respeito aos atos supostamente praticados em benefício das empresas **MC Donald's Comércio de Alimentos Ltda. e Companhia de Bebidas das Américas - AmBev**, mas esclarece que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os demais documentos analisados naquela oportunidade, "...revelam que pode ter havido participação do ora representado..." na edição de normas pela Receita Federal de interesse de **outras entidades** das quais, também, "...recebeu montantes consideráveis ...".

Ora, se a Comissão de Inquérito Disciplinar constatou, com base em documentos disponíveis, a ocorrência de ilícito, não há que se falar em ausência de indícios ou de justa causa para o prosseguimento das investigações que esclareçam os fatos apontados em sede administrativa.

Se assim é, descabe o arquivamento prematuro dos autos, como pretende o *Parquet*.

5. *Ex positis, com esteio no art. 28 do Código de Processo Penal, DETERMINO A REMESSA do Procedimento Criminal em comento ao PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, porquanto rejeito a promoção de arquivamento nesta fase (fls. 36/37).*

Os impetrantes, não se conformando com o desfecho dado pelo impetrado, sustentam que o art. 28 do Código de Processo Penal "(...) não contempla a hipótese de designação de outro órgão para o prosseguimento das investigações (...)" (fl. 22), havendo aplicação *contra legem* do mencionado dispositivo legal.

Não assiste razão aos ora impetrantes. Ao não concordar com o pedido de arquivamento das peças investigativas, o MM. Federal Juiz impetrado encaminhou os autos ao Procurador-Geral que, em razão do decidido pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, delegou a outro Procurador da República a função determinada de dar prosseguimento na apuração dos fatos, visando posterior exame quanto ao arquivamento ou denúncia.

Veja a ementa do julgado da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público:

ART 28 DO CPP. PEÇAS DE INFORMAÇÃO. SUPOSTA EDIÇÃO DE NORMAS TRIBUTÁRIAS INFRALEGAIS COM INTUITO DE FAVORECER PARTICULAR, IMPLICANDO RENÚNCIA FISCAL EM PREJUÍZO AOS COFRES DA UNIÃO. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 317 DO CP) E CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 3º DA LEI 8137/90). INÚMEROS INDÍCIOS. NECESSIDADE DE MELHOR APURAÇÃO DOS FATOS. DESIGNAÇÃO DE OUTRO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA REALIZAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL.

1. Peças de informação consistentes em cópias de Inquérito Civil instaurado para averiguar suposto favorecimento de empresa do ramo de bebidas (AMBEV) consistente na edição de normas tributárias infralegais por ex-Secretário da Receita Federal, com renúncia fiscal em prejuízo aos cofres da União Federal.

2. Arquivamento requerido judicialmente sem a realização de diligências na esfera criminal.

3. Os elementos existentes nos autos apontam para o fato de que o ex-Secretário da Receita Federal teria recebido elevados valores, pessoalmente e através de empresa da qual é sócio, possivelmente a título de pagamento pela edição de atos normativos tributários.

4. *Necessidade de prosseguimento para melhor apuração dos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atos, com a realização de diligências que possibilitem determinar a autoria e materialidade dos delitos. - fl. 537 (fls. 71/72).

Na sequência, o Procurador da República designado, José Diógenes Teixeira, requereu a remessa dos autos à polícia federal, por 90 dias, a fim de que, “convolvendo-se em regular inquérito policial, seja dada continuidade à investigação, com a realização (dentre outras reputadas necessárias pela Autoridade Policial que vier a presidir o procedimento inquisitorial) das diligências recomendadas pelo Exmo. Sr. Procurador Regional da República Mario Luiz Bonsaglia em seus votos de fls. 537/539v (especialmente fls. 539 in fine e 539-v) e 598/601, inclusive no que diz respeito à apuração dos fatos ocorridos após a saída do ex-secretário da receita federal Everardo Maciel (anos de 2003 e 2004), na gestão do também ex-Secretário Jorge Antônio Deher Rachid...”

A acoimada autoridade coatora determinou, então, a remessa dos autos à polícia federal, como requerido. Ao receber os autos, o Delegado determinou a instauração do inquérito policial que se pretende arquivar (cf fl. 74)

A narrativa permite aferir que não há qualquer ilegalidade a ser reparada, quanto à aplicação do art. 28 do CPP c/c 62, IV da LC75/93, pois o juiz, nessas hipóteses, não precisa esgotar a análise da prova, detalhando completamente os indícios, bastando apenas a discordância quanto ao pedido.

Dessa forma, a autoridade apontada coatora agiu acobertada pela retidão da ritualística processual, sendo que ao Ministério Público Federal, como titular da ação penal, cabe verificar a necessidade ou não de novas diligências para cabal esclarecimento dos fatos e, em momento posterior, concluir pela denúncia ou arquivamento.

O controle judicial quanto ao arquivamento do inquérito policial ou de peças de informação não obsta sua incidência mesmo quando ainda não se instaurou o inquérito policial, como é o caso dos presentes autos e nem mesmo impede o titular da ação penal de concluir pela necessidade de novas diligências, visto que lhe pertence a *opinio delicti*, não podendo ser subtraída pelo Estado-Juiz, a possibilidade de melhor conhecer os fatos.

Acerca do tema, convém ressaltar o asseverado pela doutrina do renomado jurista Guilherme de Souza Nucci em comentário ao art. 28 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

(...)

No mesmo sentido, segue o ilustre doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira:

(...)

Exatas as conclusões dos renomados doutrinadores, visto que não há qualquer ilegalidade na utilização do art. 28 do Código de Processo Penal pelo magistrado impetrado, uma vez que o fez nos limites da sua competência. Agora, por opção do titular da ação penal (que na leitura dos impetrantes deveria figurar como autoridade coatora, também), adotou-se a posição prudente de, primeiro, juntar todos os elementos de prova



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

detalhados e, se o caso, prosseguir nas investigações para, ao final, oferecer denúncia ou insistir no arquivamento, conforme Lei Complementar nº 75/93, art. 62, IV.

Ademais, deve-se destacar que em se tratando de atribuição do Ministério Público Federal, nos termos do art. 62 da Lei Complementar 75/93, compete à Câmara de Coordenação e Revisão Criminal manifestar-se sobre o arquivamento do inquérito policial ou peças de informação, à exceção apenas das ações penais de competência originária do Procurador-Geral, não impondo qualquer diretriz ou obrigatoriedade quanto ao encaminhamento a ser dado, ou seja, a legislação superveniente ao art. 28 do CPP e hierarquicamente superior, não traz qualquer limitação quanto ao agir do órgão revisor, razão pela qual não procede a alegação de ofensa ao devido processo legal.

Sobre o tema arquivamento e a atuação judicial, confirmam-se precedentes da Suprema Corte e do TRF da 3ª Região:

(...)

A propósito, merece destaque o trecho do parecer emitido pelo Ministério Público Federal a seguir transcrito:

Os impetrantes argumentam também que o artigo 28 do Código de Processo Penal teria sido inadequadamente aplicado. Segundo alegam, não há autorização legal para que as investigações prossigam após a rejeição do pedido de arquivamento. Igualmente improcedente esse argumento.

A regra geral é que o Ministério Público, quando se defronta com indícios de um crime, é obrigado a tomar providências necessárias a apurar os fatos, por determinação dos incisos I e VIII do artigo 129.

(...)

Outrossim, é pertinente registrar parte (não foi juntado em sua integralidade) do voto proferido pelo Relator perante a 2ª CCR do Ministério Público Federal, fls. 331/336:

Os procedimentos supostamente adotados pelo então Secretário da Receita Federal para favorecer a AMBEV, a FIAT e a EXIMBIZ encontram-se detalhadamente descritos a fls. 07/10, 12/16 e 149/155 (AMBEV), 170/177 (FIAT) e 178/185 (EXIMBIZ), tudo conforme apurado em investigações administrativas da própria Secretaria da Receita Federal, por meio de sua Corregedoria-Geral. Em relação ao MC DONALD'S, encontra-se menção a fls. 150, também em relatório da Secretaria da Receita Federal.

Todos esses relatórios, entretanto, basearam-se em informações que não constam destes autos – o que, por si só, já justificaria a promoção de diligências no sentido de se requisitarem cópias dos respectivos procedimentos administrativos.

Mas há nos autos outros indícios da ocorrência de ilícitos.

Consta de fls. 149/155 que, em datas próximas à edição dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atos em benefício à AMBEV, o investigado EVERARDO DE ALMEIDA MACIEL visaria à “edição de ato legal ou administrativo que ao final cancele ou reduza o crédito tributário em questão” – isto é, o crédito constituído em face da FIAT.

As declarações de EDUARDO MUZZI (então diretor jurídico da FIAT), por sua vez, dão conta de que a comprovação dos serviços prestados pela Alberto Andrade teria se dado por meio da apresentação de uma medida provisória (sic – fls. 163).

De outra parte, tendo em vista que os elementos coligidos aos autos também envolvem fatos ocorridos em 2003 e 2004 – especialmente em relação a suposta manobra para cobrança do PIS/COFINS de modo mais favorável à AMBEV, consoante descrito a fls. 64/100 e alardeado na imprensa (fls. 189/190) -, período em que o Secretário da Receita Federal era JORGE ANTONIO DEHER RACHID (gestão 2003 a julho/2008), cumpre direcionar as investigações também em face do referido ex-Secretário, dadas as circunstâncias no mínimo obscuras em que se concederam, ainda que indiretamente, tais benefícios fiscais.

Por fim, carece ainda de acurada análise a documentação fiscal acostada ao Apenso I, que, em princípio, corrobora a hipótese de recebimento, por parte do investigado EVERARDO DE ALMEIDA MACIEL, de valores oriundos da AMBEV.

Com esses fundamentos, tem-se que se mostra imperiosa a devida apuração dos fatos na esfera criminal, vislumbrando-se diversas diligências a serem realizadas, sem prejuízo de outras que venham a ser igualmente entendidas cabíveis:

a) requisição de cópias dos procedimentos instaurados no âmbito da Receita Federal para apurar os fatos aqui narrados;

b) *solicitação de cópias dos elementos informativos colhidos, posteriormente à formação do presente procedimento, no Inquérito Civil do qual este se originou (fls. 331/332).*

...Deve-se ressaltar que, nesta fase pré-processual, vigora o princípio in dubio pro societate, de forma que as notícias e indícios de irregularidades devem ser apurados mesmo que por ora não revelem densidade suficiente para, desde logo, fundamentar o oferecimento de denúncia ou, ainda, a prolação de sentença condenatória – e nem poderia ser diferente, uma vez que ainda não foi realizada nenhuma diligência investigatória na esfera criminal, malgrado os indícios já existentes.

Por outro lado, cumpre rechaçar a alegação do investigado no sentido de que o arquivamento do processo administrativo no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional forçaria semelhante desfecho no presente caso, eis que se trata aqui de examinar a repercussão criminal das condutas noticiadas, cuja materialidade e autoria podem ser verificadas sem interferência das conclusões a que se chegou no plano administrativo, haja vista o princípio da independência entre as esferas penal e administrativa (fl. 335).

(...)

Como se vê, existem sérios indícios de ilícitos em detrimento da Administração Pública que tornam indeclinável a instauração de investigação criminal para a apuração do quanto noticiado.

Por esses fundamentos, mostra-se indeclinável a devida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apuração dos fatos, impondo-se a realização das diligências enumeradas no voto de fls. 537/539v., o qual fica aqui, pois, integralmente ratificado (fl. 336).

Reitere-se, não há constrangimento ilegal em continuar com a investigação, agora sob a forma de inquérito policial, para apurar fatos definidos e, notadamente, o recebimento de valores oriundos da AMBEV, empresa supostamente beneficiada com a isenção tributária concedida com a participação do investigado.

No tocante à atipicidade dos fatos, que já teriam sido investigados nos âmbitos civil e administrativo, extintos liminarmente, de ver-se que a documentação apresentada não confirma a identidade factual e, reitere-se, seria subtrair do titular da ação penal o exame de todas as peças que entendeu imprescindíveis à formação de sua opinião.

A petição inicial acostada às fls. 86/120, refere-se a atos que teriam beneficiado a FIAT AUTOMÓVEIS S.A. A de fls. 150/186 refere-se a empresa MCDONALD'S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. **A ação popular que apura os fatos envolvendo a AMBEV, não teve seu desfecho noticiado nos autos além do que a exclusão do nome do paciente pelo cidadão-autor não vincula o Ministério Público Federal. E, por outro lado, o processo administrativo, pelas poucas peças que se juntou, versou sobre a edição de atos normativos, sem adentrar no fato mais relevante, qual seja, o recebimento de valores em sua conta bancária oriundos da citada empresa.**

O inquérito que se busca extinguir com a presente ação, segundo esclareceu o MPF, visa apurar o fato de o paciente ter sido nomeado para o conselho fiscal da AMBEV pouco tempo depois de se desligar da Secretaria da Receita Federal e, ainda, ter recebido elevadas cifras da AMBEV, em nome próprio e por meio da empresa LOGOS CONSULTORIA FISCAL LTDA, pouco antes da edição dos atos administrativos que a beneficiaram, e, também, por ter alguns meses após o seu desligamento da receita, recebido da mesma empresa R\$ 1.314.445,52 (Hum milhão, trezentos e quatorze mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e cinquenta e dois centavos).

Aduz o MPF que esses fatos carecem da devida análise e valoração jurídica após exame da documentação fiscal acostada ao Apenso I.

Assim, não se pode, com base nas alegações dos impetrantes e sem exame de toda a documentação que instrui o agora inquérito policial, concluir, de imediato, pela atipicidade da conduta. É necessário examinar toda a prova e valorar as circunstâncias, sendo que o recebimento dos altos valores indicados – não contestados e nem justificados – já aponta indícios suficientes para iniciar as apurações e para nelas prosseguir.

Em suma, não é possível, pelas informações constantes dos presentes autos, sem exame de todo o acervo probatório e sobretudo do apenso e demais documentos indicados pelo MPF, concluir pela identidade entre os fatos apontados nas ações por improbidade e aqueles que estão sendo investigados no inquérito policial. Exatamente por carecer de toda a documentação já produzida, a PGR discordou, em princípio, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arquivamento das peças informativas. Requereu, nesse diapasão, a juntada de cópia dos procedimentos administrativos instaurados no âmbito da receita federal e também daqueles juntados no inquérito civil respectivo, além de outras diligências de cunho exclusivamente esclarecedor.

Portanto, o prosseguimento do inquérito está lastreado em fatos concretos e indicativos da diversidade dos elementos investigados, ou seja, não se cuida de repetição das ações civis e/ou processo administrativo. Há fato outro, qual seja, a constatação de que o paciente recebeu elevados valores oriundos da empresa que teria sido beneficiada por sua ação ou intervenção direta junto aos órgãos fazendários e até mesmo ao Presidente da República, não sendo possível antecipar juízo de tipicidade sem adentrar no exame das provas efetivamente produzidas e não somente daquelas juntadas no presente habeas corpus.

A força da premissa (causa de pedir) embasadora da presente ação penal esvazia-se diante dessa constatação. Não há como apurar, desde já, a identidade dos fatos apurados. Ao que parece, como já mencionei, são distintos, e o que se busca é, exatamente, esclarecer essa situação.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que “(...) *ausente situação de certeza objetiva quanto aos fatos - tem advertido revelar-se incompatível, com o âmbito estreito do habeas corpus, a apreciação jurisdicional que importe em indagação probatória, ou em análise aprofundada ou, ainda, em exame valorativo dos elementos de fato existentes no processo penal de conhecimento. Precedentes.*” (HC 87255/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgado por unanimidade em 20/11/2007, publicado no DJ de 13/06/2008).

E ainda:

(...)

Sobre a natureza jurídica do “termo de constatação”, a meu ver, não tem a relevância pretendida. Não é ele o elemento indicado pelo MPF como embasador da necessidade de prosseguir com as investigações, segundo colhem-se do voto e da confirmação de voto (juntados parcialmente pela autoridade impetrada, pois os impetrantes não trouxeram cópia desses relevantes documentos) do Relator junto à Câmara do Ministério Público, visto que indica outras razões para o inquérito.

Veja o que disse o Il. Relator (fls. 331 e 334):

Todos esses relatórios, entretanto, basearam-se em informações que não constam destes autos – o que, por si só, já justificaria a promoção de diligências no sentido de se requisitarem cópias dos respectivos procedimentos administrativos.

Mas há nos autos outros indícios da ocorrência de ilícitos.

Consta de fls. 149/155, que, em datas próximas à edição dos atos em benefício da AMBEV, o investigado EVERARDO DE ALMEIDA MACIEL.....

As declarações de EDUARDO MUZZI (então diretor jurídico da FIAT), por sua vez, dão conta de que a comprovação dos serviços prestados pela ALBERTO ANDRADE teria se dado por meio da apresentação de uma medida provisória (sic – fl. 163)...

....*Todos os atos em questão foram editados pelo investigado, no período em que exercia o cargo de Secretário da Receita Federal.*....



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, estão indicadas as razões e indícios que motivaram a discordância quanto ao **imediato** arquivamento do inquérito.

Acerca da possibilidade de trancamento de procedimento investigatório, inquérito policial ou ação penal, registro precedente importante do STF, no julgamento do HC. 87310/SP, Relator Ministro Carlos Britto, de 08/08/2006, assim ementado:

(...)

Portanto, a falta de justa causa suficiente a embasar o trancamento de ação penal ou de investigação criminal, configura-se pelo abuso de poder quando: o fato imputado, nem mesmo em tese, constituir crime, não se verificar a participação delituosa do paciente, e quando se constatar a inexistência do delito, o que, em princípio, como registrado acima, não é a hipótese dos autos.

A esse respeito, confira-se o entendimento adotado pelo eg. Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Em conclusão, a despeito das alegações trazidas na impetração, os documentos juntados aos autos não se mostram eficazes para demonstrar a inequívoca inexistência dos fatos ou mesmo a ausência de envolvimento do ora paciente na prática delituosa. A continuidade das investigações por meio de inquérito policial é forma idônea para apuração pela Polícia Federal, onde as informações e as provas obtidas serão oportunamente acostadas ao procedimento em curso e submetidas ao crivo do MPF, que decidirá, a tempo e modo, acerca da necessidade do aforamento da ação **penal**, ou requererá, se for o caso, o **arquivamento** do Inquérito.

Dessa forma, antes do esclarecimento dos fatos, não há como obstar o prosseguimento das investigações por meio do *habeas corpus*, tendo em vista que, como dito acima, a valoração jurídica do fato, bem assim se houve a participação ou não do paciente em fato delituoso demandam exame da prova já produzida e não apresentada nesta ação e daquelas outras decorrentes da ação investigativa.

Diante de tais fundamentos, **denego** a ordem de *habeas corpus* postulada na inicial. (fls. 1315-1329)

Houve voto vencido, do qual se extrai o seguinte:

(...)

Em voto-vista, acompanhou-a o Desembargador Federal Mário César Ribeiro, destacando:

“De assinalar, que o trancamento da representação criminal convolada, no caso, em inquérito policial, para prosseguimento das investigações, conquanto possível, é cabível apenas nas hipóteses excepcionais em que prima facie resulte evidenciada a ilegalidade e, assim sendo, pelas razões acima expostas, não se consubstancia constrangimento ilegal, passível de reparação por habeas corpus, a instauração de inquérito policial, visando a apuração de fatos, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tese, delituosos.” (fl. 390).

Pedi vista, para melhor inteirar-me da matéria, até porque estava em gozo de férias, quando iniciado o julgamento.

Deliberando quanto ao pleito, verifico nos autos, cópia de requerimento ministerial do seguinte teor:

“Cuida-se de procedimento administrativo instaurado - a partir das investigações a efeito no Inquérito Civil Público nº 1.16.000.002389/2005-25 - para apurar a suposta prática dos ilícitos criminais descritos nos arts. 317 e 333 do CP e 3º da Lei nº 8.137/90.

Consta dos autos que referido Inquérito Civil Público detinha como conteúdo a apuração de atos de improbidade administrativa evidenciados no seio da Secretaria da Receita Federal, no contexto da edição de normas infralegais tributárias relativas a cobrança do imposto sobre produtos industrializados (IPI), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e Contribuição de Integração Social sobre a comercialização de cervejas e refrigerantes (fl. 02).

No decorrer das investigações, o il. Procurador da República Lauro Pinto Cardoso vislumbrou a necessidade de que as investigações fossem aprofundadas, também no âmbito criminal, acerca de 'irregularidades na normatização no âmbito da Secretaria da Receita Federal sobre o recolhimento da contribuição para o PIS e CONFINS, em tese, para beneficiar a AMBEV', fato que o motivou a encaminhar cópias do aludido procedimento ao setor criminal para a adoção das providências cabíveis (fls. 03/05).

O objeto das investigações neste procedimento criminal foi indicado no Termo de Constatação de fls. 07/10 (Secretaria da Receita Federal), elaborado a partir de manifestação do **Deputado Federal José Ribamar Alves** no Plenário da Câmara dos Deputados no dia 20 de janeiro de 2004.

Em seu pronunciamento, o parlamentar pontificou o seguinte:

'O Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, é por lei cobrado com base em uma alíquota percentual sobre o produto industrializado quando este é comercializado. Por exemplo, na cerveja é de 40%. E deveria ser aplicado quando o fabricante vendesse o produto ao distribuidor. Por exemplo, faturada a caixa de cerveja, digamos, por R\$ 20, o IPI seria de R\$ 8, se cobrados 40%, no sentido de simplificar a cobrança e evitar a sonegação, o Governo Federal, por meio do art. 3º da Lei nº 7.798, de 10 de julho de 1989, transformou a cobrança do IPI das bebidas alcoólicas, águas minerais e refrigerantes em pauta, de forma a simplificar a cobrança e evitar a sonegação. Ou seja, a mesma caixa de cerveja vendida hipoteticamente a R\$ 20 passaria a ter o imposto determinado em pauta do próprio produto, digamos, R\$ 3 por caixa vendida. Com a edição do Decreto nº 2.637, de 1998 e do Decreto nº 4.544, de 2002, a Receita Federal ratificou a princípio da pauta diferenciada, no sentido de que as bebidas alcoólicas e cigarros pudessem ter uma taxa no IPI condizente com os princípios legais. Ou seja, determinou-se valores diferentes de IPI para produtos iguais, melhor compreensão, demonstro para as sras. e os srs. Parlamentares, bem como para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os telespectadores da TV Câmara a para a imprensa presente, o que ocorre com alguns produtos, a fim de que tenham idéia do que realmente acontece. Para exemplificar, a caninha 51, cujo preço de venda da caixa é por volta de R\$ 20, recolhe IPI de R\$ 4,50. Outra aguardente, Armazém Vieira, cujo preço de venda por caixa fica em torno de R\$ 100, tem a pauta a recolher de IPI de R\$ 26,76. Vejam a diferença. A caninha 51 recolhe R\$ 4,50 porque vende a caixa a R\$ 20; a Armazém Vieira, que vende por R\$ 100, recolhe R\$ 26,76 de IPI sras. e srs. Deputados, a compreensão da matéria é simples em função da lógica. O IPI pago pelas bebidas alcoólicas varia de acordo com o seu valor de venda, certo? Errado! Esta lógica vale apenas para os simples mortais, vale para quem não faz parte do grupo diretamente beneficiado: a **AMBEV** (...) (fls. 08/09).

Em sequência, o Termo de Constatação de fls. 07/10 ainda descreveu, verbis:

'(...) a legislação relativa à tributação do IPI das bebidas, notadamente no tocante às cervejarias, sofreu alterações substanciais de modo a favorecer, segundo o deputado, específico contribuinte, no caso, a AMBEV. As normas tributárias, cujas suspeitas de favorecimento ilícito lhe recaem, foram elaboradas quando se encontrava a frente do órgão o então Secretário da Receita Federal, Everardo de Almeida Maciel, conforme apontam os documentos apresentados pelo Deputado (...). Desponta como revelador o fato de que o ex-secretário passou a compor os quadros da AMBEV na qualidade de Membro do conselho Fiscal (...) (fl. 09).

Com efeito, o principal suspeito da prática dos ilícitos seria, em tese, o ex-Secretário da Receita Federal Everardo Maciel. A investigação no âmbito cível decorreu do fato dele ter participado da emissão de atos administrativos infralegais que teriam beneficiado a AMBEV, no recolhimento do PIS, o que poderia contribuir para que o mercado de cervejaria ficasse monopolizado nas mãos de um único fornecedor.

Muito embora cause estranheza o fato de o Sr. Everardo Maciel ter figurado nos quadros da AMBEV, após seu desligamento, da SRF (fls. 20 e 162/163), uma atenta leitura dos autos infirma qualquer tentativa de se concluir pela presença de elementos de prova para o oferecimento da denúncia.

De fato, para o oferecimento da denúncia não é necessário que existam **elementos cabais de prática delitiva, bastando lastro mínimo de prova da conduta que se imputa criminosa (STF, 1ª Turma, HC nº 83266/MT, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04-06-2004, p. 47).**

Entretanto, o órgão de acusação tem o dever de vislumbrar futura viabilidade de condenação com o acervo de provas que possui.

Como visto, o Termo de Constatação de fls. 07/10 tomou como fundamento os fatos indicados pelo Deputado Federal José Ribamar Alves. Nos documentos que foram fornecidos pelo parlamentar (fls. 28/102) não consta qualquer **dado diferenciado e comprometedor**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da conduta do investigado.

Por outro lado, no Termo de Constatação de fls. 149/155, verifica-se que a atuação do investigado esteve relacionada com a empresa **MC DONALDS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, assim como com a empresa **LOGOS CONSULTORIA FISCAL LTDA.**, no qual mantinha sociedade com sua filha (fl. 153).

Por fim, nas fls. 157/168 encontram-se os depoimentos de ALBERTO GUIMARÃES ANDRADE, EDUARDO MUZZI e OTTO CRISTIANO DE OLIVEIRA GLASNER, extraídos do Procedimento Administrativo disciplinar 10167.000123/2003-52. Este procedimento tinha como objeto justamente reunir provas de corrupção contra **Everardo Maciel**.

Todos mencionaram o nome de Everardo Maciel. Porém não acrescentaram qualquer utilidade prática para as investigações.

Como cediço, os delitos de corrupção não são de fácil apuração. Se não houver um quadro probatório construído, ou em vias de o ser - com depoimentos convergentes e documentos irrefutáveis - o grau de sucesso da acusação é quase zero, como no caso.

Na ausência de dados qualificados de materialidade delitiva, a outra solução não se pode chegar, senão pelo arquivamento deste procedimento.

*Ante o exposto, **requer** o Ministério Público Federal o **arquivamento** dos autos, com as cautelas do art. 18 do CPP.*" (fls. 30/34).

Verifico, ainda, que, a seu respeito, fora proferida a seguinte decisão:

"Trata-se de Procedimento Criminal instaurado para apurar a suposta prática de crime contra a Administração Pública - corrupção - e contra a ordem tributária, narrando que o ex-Secretário da Receita Federal teria recebido pagamento para editar normas administrativas sobre incidência tributária que, na prática, exoneraram ilicitamente contribuintes específicos da exação (IPI, COFINS, etc.).

2. O Ministério Público Federal, em manifestação acostada às fls. 2/2E, pugna pelo arquivamento do feito, dada a ausência de indícios da materialidade delitiva.

3. Não assiste razão ao Ministério Público Federal.

É que o Termo de Constatação da Corregedoria-Geral da Receita Federal (fls. 149/155) é expresso em afirmar que a Comissão de Inquérito Disciplinar '... deparou-se com provas de produção de atos administrativos e minutas de atos legislativos, assinados pelo então Secretário da Receita Federal, que beneficiaram ilicitamente contribuintes, sendo ainda incontestado que parte desses contribuintes beneficiados efetuaram pagamento em favor dos auditores fiscais da Receita Federal...' (destaquei).

Adiante, prossegue afirmando que 'o pagamento, como restou **comprovado**, deu-se em contraprestação a ato ilícito, notadamente a produção de ato administrativo, editado pelo então Secretário da Receita Federal...' (grifei).

O citado documento traz, ainda, uma planilha de valores que ultrapassam a cifra de um milhão e trezentos mil reais pretensamente recebidos pelo ora Requerido, sobre os quais recomenda '... apurar se os vultosos recebimentos guardam relação com os benefícios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supostamente auferidos pela empresas...'.
4. As 'provas' a que alude a Comissão de Inquérito Disciplinar dizem respeito aos atos supostamente praticados em benefício das empresas **MC Donald's Comércio de Alimentos Ltda. e Companhia de Bebidas das Américas - AmBev**, mas esclarece que os demais documentos analisados naquela oportunidade, '... revelam que pode ter havido participação do ora representado...' na edição de normas pela Receita Federal de interesse de **outras entidades** das quais, também, '... recebeu montantes consideráveis ...'.

Ora, se a Comissão de Inquérito Disciplinar constatou, com base em documentos disponíveis, a ocorrência de ilícito, não há que se falar em ausência de indícios ou de justa causa para o prosseguimento das investigações que esclareçam os fatos apontados em sede administrativa.

Se assim é, descabe o arquivamento prematuro dos autos, como pretende o Parquet.

5. Ex positis, com esteio no art. 28 do Código de Processo Penal, **DETERMINO A REMESSA do Procedimento Criminal em comento ao PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, porquanto rejeito a promoção de arquivamento nesta fase.**” (fls. 36/37).

Verifico, ademais, o teor da confirmação do voto do Procurador Regional da República, dr. Mário Luiz Bonsaglia, membro Suplente da 2ª CCR, onde se lê:

“Esta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal iniciou o julgamento do presente feito, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, em 05/03/2009, ocasião em que este Relator proferiu o voto nº 472/2009, pela não homologação do arquivamento requerido a fls. 02-A/02-E, determinando assim a abertura de investigação no âmbito criminal a respeito dos fatos narrados neste procedimento, especificando medidas a serem adotadas (fls. 537/539v).

No mesmo julgamento, a Exma. Procuradora Regional da República Elizeta Maria de Paiva Ramos antecipou seu voto, no sentido de acompanhar o deste Relator (fls. 540). Após pedido de vista do Exmo. Coordenador da 2ª CCR, Wagner Gonçalves, o interessado EVERARDO DE ALMEIDA MACIEL, por meio de seus procuradores, requereu a juntada de petição, que foi deferida (fls. 541), acarretando o retorno dos autos a este Relator para apreciação, conforme despacho de fls. 596.

É o relatório.

Os fundamentos trazidos na petição de fls. 541/545 (e documentos anexos) não afetam as conclusões expressadas no voto de fls. 537/539v.

Na verdade, a petição em exame é um 'pedido de reconsideração de voto' – apresentado inusitadamente por ocasião em que a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão executava sua função revisional, nos termos do art. 62, IV, da Lei Complementar nº 75/93 e do art. 28 do Código de Processo Penal –, veiculando argumentos que ressaltam dados que já constavam dos autos e, conseqüentemente, já haviam sido objeto de valoração quando da elaboração do voto.

Alega o interessado, em síntese, que os atos normativos supostamente benéficos à AMBEV teriam sido editados em períodos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em que ele não ocupava o cargo de Secretário da Receita Federal, e os dois únicos atos editados durante sua gestão à frente da Receita eram de competência do Presidente da República (Decretos nº 2.637/98 e 4.544/02), e ainda assim limitavam-se a ratificar normativa instituída pela Lei nº 7.798/89.

De modo a subsidiar suas alegações, o interessado junta parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (fls. 568/591) – acolhido pelo Ministro da Fazenda (fls. 592) – opinando pela insubsistência das imputações em face dele formuladas. Tendo havido o arquivamento administrativo, conclui o investigado que não se justificaria lançar mão do direito penal, que deve ser a ultima ratio.

Por fim, aduz que o art. 28 do Código de Processo Penal não contempla a possibilidade de designação de outro órgão ministerial para continuidade das investigações.

Inicialmente, cumpre observar que o interessado foi Secretário da Receita Federal de 02/01/1995 a 31/12/2002.

Ora, conforme assinalado no voto de fls. 537/539v., o Inquérito Civil Público que deu origem a este procedimento visa apurar desvio de finalidade no seio da Secretaria da Receita Federal, mediante a produção e edição de normas infralegais tributárias relativas à cobrança do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e Programa de Integração Social (PIS) voltadas, supostamente, a beneficiar não só a AMBEV, mas também as empresas FIAT AUTOMÓVEIS S.A., MC DONALD'S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. e EXIMBIZ COMÉRCIO INTERNACIONAIS S.A..

Desse modo, verifica-se de plano que, embora a petição de fls. 541/545 apenas faça menção aos atos supostamente editados em benefício da AMBEV, o presente procedimento não trata somente dessas irregularidades, mas também de possível favorecimento ilegal a outras empresas.

Assim é que, segundo consta dos autos – e já foi objeto de análise o voto ora ratificado –, o investigado teria agido de modo a favorecer o MC DONALD'S por meio do Ato Declaratório (ADI) SRF nº 02 de 22/02/2002 (fls. 150); a FIAT, lançando mão da IN SRF nº 26/1999 (fls. 175, e a EXIMBIZ por meio da Instruções Normativas (IN) SRF nº 75 e 98/2001 (fls. 179). Todos os atos em questão foram editados pelo investigado, no período em que exercia o cargo de Secretário da Receita Federal.

Consta ainda de fls. 20, 162 e 163 que o interessado foi nomeado para o Conselho Fiscal da AMBEV pouco tempo depois de se desligar da Secretaria da Receita Federal.

Além disso, o ex-Secretário teria recebido elevadas cifras da AMBEV, tanto em nome próprio como por meio da empresa LOGOS CONSULTORIA FISCAL LTDA., da qual é sócio juntamente com sua filha. Com efeito, verifica-se às fls. 149/155 que, pouco antes da edição de atos administrativos que beneficiaram a AMBEV, e alguns meses após seu desligamento da Secretaria da Receita Federal, o interessado EVERARDO DE ALMEIDA MACIEL e sua empresa LOGOS CONSULTORIA FISCAL LTDA. receberam da empresa quantias que soma R\$ 1.314.445,52 (um milhão, trezentos e quatorze mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e cinquenta e dois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

centavos).

Nesse sentido, carece ainda de acurada análise e valoração jurídica a documentação fiscal acostada ao Apenso I, que em princípio, corroboraria a hipótese do recebimento das referidas quantias, não se podendo, neste momento, interromper prematuramente a investigação – que, a rigor, sequer foi iniciada na esfera criminal.

Os procedimentos supostamente adotados pelo então Secretário da Receita Federal e seus assessores para favorecer a AMBEV, a FIAT e a EXIMBIZ encontram-se detalhadamente descritos às fls. 07/10, 12/16 e 149/155 (AMBEV), 170/177 (FIAT) e 178/185 (EXIMBIZ), tudo conforme evidenciado por elementos colhidos em processo administrativo conduzido no âmbito da própria Secretaria da Receita Federal, por meio de sua Corregedoria-Geral. Em relação ao MC DONALD'S, encontra-se menção à fl. 150, também em relatório da Secretaria da Receita Federal.

Certo é que, entretanto, todos esses relatórios basearam-se em informações que não constam destes autos – o que, por si só, já justificaria a promoção de diligências no sentido de requisitarem cópias do respectivos procedimentos administrativos.

Além das condutas delineadas supra, elementos presentes nos autos sugerem que o interessado também teria atuado, mediante influência do cargo que exerceu (Secretário da Receita Federal), para a edição das Medidas Provisórias nº 1.807/1999 (FIAT – fls. 183), 2.158-35/2001 (EXIMBIZ – fls. 183) e 164/2004 (AMBEV – fls. 81) e do Decreto nº 4.965/04 (AMBEV – fls. 81), além das Instruções Normativas nº 388 e 389/2004 (AMBEV).

Quanto aos atos normativos de competência da Presidência da República, cumpre tecer uma ressalva. Embora seja presumível que, sempre que versem matéria tributária, as respectivas minutas sejam elaboradas mediante assessoramento técnico dos órgãos fazendários do Executivo, notadamente da Secretaria da Receita Federal, é certo que as circunstâncias em que eventual influência se deu ainda necessitam de melhor esclarecimento, não havendo nos autos elementos suficientes que demonstrem a atuação do investigado para orientar decisivamente a edição de tais atos, patrocinando interesse pessoal. A mesma ressalva vale, mutatis mutandis, para os atos editados após o investigado ter se desligado da Secretaria da Receita Federal. No entanto, tais constatações apenas confirmam a impossibilidade de se arquivarem de plano os presentes autos, sobretudo quando se tem em conta o interesse social subjacente à apuração das graves irregularidades narradas, pelas quais particulares teriam sido supostamente favorecidos em operações que acarretaram lesão milionária ao erário.

O benefício que alguns desses atos trouxeram para a AMBEV, por sua vez, é inequívoco. Às fls. 101/102, consta relatório do Banco Credit Suisse atestando que as mudanças havidas nas normas sobre PIS e COFINS, no último dia do prazo para as empresas optarem pelo modo de tributação, foram benéficas à AMBEV. A mesma conclusão é perfilhada pelo relatório da Trevisan Consultores de Empresas Ltda. (fls. 64/100), que trata ainda de outras normas infralegais benéficas à AMBEV e prejudiciais às concorrentes e ao erário.

Deve-se ressaltar que, nesta fase pré-processual, vigora o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípio in dubio pro societate, de forma que as notícias e indícios de irregularidades devem ser apurados mesmo que por ora não revelem densidade suficiente para, desde logo, fundamentar o oferecimento de denúncia ou, ainda, a prolação de sentença condenatória – e nem poderia ser diferente, uma vez que ainda não foi realizada nenhuma diligência investigatória na esfera criminal, malgrado os indícios já existentes.

Por outro lado, cumpre rechaçar a alegação do investigado no sentido de que o arquivamento do processo administrativo no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional forçaria semelhante desfecho no presente caso, eis que se trata aqui de examinar a repercussão criminal das condutas noticiadas, cuja materialidade e autoria podem ser verificadas sem interferência das conclusões a que se chegou no plano administrativo, haja vista do princípio da independência entre as esferas penal e administrativa.

Para tanto, porém, seria necessário que o órgão ministerial responsável pela investigação criminal lograsse acesso, no mínimo, aos mesmos elementos que foram analisados pelas autoridades administrativas, além de outros necessários à plena elucidação dos graves fatos narrados nos autos, a serem obtidos, num primeiro momento, por meio das diligências apontadas no voto ora confirmado. Com base em tais fontes é que se poderia formular um juízo seguro a respeito da participação ou não do interessado nas irregularidades apontadas, não necessariamente coincidente com aquele realizado pela PGFN.

É de se ressaltar que a formação da opinio delicti incumbe ao Ministério Público (art. 129, I, da Constituição Federal), e não à autoridade administrativa.

Por fim, quanto ao argumento de que o art. 28 do Código de Processo Penal não contemplaria a possibilidade de designação de outro órgão ministerial para continuidade das investigações, tem-se que tal dispositivo não pode ser tomado em sua interpretação literal, sob pena de levar ao absurdo de se considerar que o órgão revisor somente poderia determinar, caso discordasse das razões de arquivamento, que fosse designado outro membro para oferecimento, desde logo, de denúncia.

Ora, é óbvio que, se o procedimento foi arquivado antes de reunir elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, não pode à discordância do arquivamento forçar uma denúncia prematura e fadada ao não recebimento, restando como única possibilidade lógica a continuidade da investigação. O tema comporta solução tão simples e evidente que não se tem notícia de similar questionamento no âmbito deste ou de outros órgãos revisores do exercício funcional.

Isto posto, confirma-se integralmente o teor do voto de fls. 537/539v., inclusive no tocante ao direcionamento das investigações igualmente em face de JORGE ANTÔNIO DEHER RACHID (Secretário da Receita Federal de 2003 a julho de 2008), tendo em vista que os elementos coligidos aos autos também envolvam fatos ocorridos em 2003 e 2004 – especialmente em relação a suposta manobra para cobrança do PIS/COFINS de modo mais favorável à AMBEV, consoante descrito às fls. 64/100 e alardeado na imprensa (fls. 189/190).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A necessidade de se investigar o possível envolvimento do ex-Secretário JORGE RACHID, que havia ocupado o cargo de Secretário-Adjunto da Receita Federal entre 2000 e 2002 (período em que EVERARDO MACIEL era o Secretário), soma outro fundamento a impedir seja arquivado este expediente, não podendo ser descartado possível liame entre os ex-Secretários.

Como se vê, existem sérios indícios de ilícitos em detrimento da Administração Pública que tornam indeclinável a instauração de investigação criminal para apuração do quanto noticiado.

Por esses fundamentos, mostra-se indeclinável a instauração de investigação criminal para apuração do quanto noticiado.

Por esses fundamentos, mostra-se indeclinável a devida apuração dos fatos, impondo-se a realização das diligências enumeradas no voto de fls. 537/539v., o qual fica aqui, pois, integralmente ratificado.

Brasília, 29 de abril de 2009.” (fls. 47/50 - cópia nos autos).

Verifico, outrossim, o teor do voto-vista proferido pelo dr. Wagner Gonçalves, membro-coordenador da 2ª Câmara, onde consta:

“Após o voto do ilustre Dr. Mário Bonsaglia, relator, que não homologou o arquivamento feito pelo Procurador da República Dr. Luiz Fernando B. Viana (PR/DF), pedi vista dos autos para melhor exame.

Tomo a liberdade de rememorar os fatos.

O Dr. Lauro Pinto Cardoso Neto, Procurador da República, encaminhou cópia integral do inquérito civil, em 10 de agosto de 2007, ao então Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Distrito Federal, 'para a apuração de fatos na esfera penal, haja vista a existência de indícios de crimes de corrupção ativa e passiva e o previsto no art. 3º da Lei nº 8.137/90.'

Ao solicitar, em juízo, o arquivamento do procedimento investigatório, em 15 de outubro de 2008, o promotor natural, Dr. Luiz Fernando, assinalou que 'as investigações neste procedimento criminal foi indicado no 'Termo de Constatação' da Secretaria da Receita Federal, elaborado a partir de manifestação do Deputado Federal José Ribamar Alves no Plenário da Câmara dos Deputados, em 24 de janeiro de 2004 e que o principal suspeito da prática dos ilícitos seria, em tese, o ex-Secretário da Receita Everardo Maciel'. Menciona ainda que a investigação, no âmbito civil, 'decorreu do fato dele ter participado da emissão de atos administrativos infralegais que teriam beneficiado a AMBEV no recolhimento do PIS, o que poderia contribuir para que o mercado de cervejaria ficasse monopolizado nas mãos de um único fornecedor.' (fl. 02, vol. II).

Menciona que 'embora cause estranheza o fato de o Sr. Everardo Maciel ter figurado nos quadros da AMBEV, após seu desligamento da SRF, uma atenta leitura dos autos infirma qualquer tentativa de se concluir pela presença de elementos de prova para o oferecimento da denúncia' (fl. 2-D, 1º vol).

Afirma que o 'termo de constatação' tomou como base os fatos indicados pelo Deputado Federal José Ribamar Alves. 'Nos documentos que foram fornecidos pelo parlamentar (fls. 28/102) não consta qualquer **dado diferenciado e comprometedor da conduta do investigado.**' (fl. 2-D) Continua: 'Por outro lado, no Termo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constatação de fls. 149/155, verifica-se que a atuação do investigado esteve relacionada com a empresa MC DONALDS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., assim como com a empresa LOGOS CONSULTORIA FISCAL LTDA., no qual continha sociedade com sua filha' (fl. 153).

Cita os depoimentos colhidos, no procedimento administrativo disciplinar da SRF, para dizer que eles não acrescentaram qualquer utilidade prática para as investigações. Finalmente, 'na ausência de dados qualificados de materialidade delitiva, a outra solução não se pode chegar, senão pelo arquivamento deste procedimento.'

Levado este 'PIC' para arquivamento, ao MM. Juiz Federal da 12ª Vara em Brasília, este discordou do pedido, afirmando que se a Comissão de Inquérito Disciplinar constatou, 'com base em documentos disponíveis, a ocorrência de ilícito, não há que se falar em ausência de indícios ou de justa causa para o prosseguimento das investigações que esclareçam os fatos apontados em sede administrativa.' (fl. 29, 3º vol.) E rejeitou o pedido de arquivamento, remetendo os autos ao Procurador Geral da República, com base no art. 28 do CPP.

Os autos foram distribuídos ao Dr. Mário Bonsaglia, que, ainda em São Paulo, recebeu petição dos advogados do Sr. Everardo Maciel, pedindo vista dos autos e extração de cópias. Estas foram indeferidas, entendendo o relator que cabia aos advogados requerê-las à autoridade judiciária. Foi deferida a vista.

Na sessão do dia 5 de março do corrente ano (461 a), o Dr. Mário Bonsaglia proferiu seu voto, que se encontra às fls. 537/539v, pelo prosseguimento das investigações. Entende também que deve ser estendida as investigações contra o ex-Secretário da Receita Federal Jorge Rachid, e enumera várias diligências a serem realizadas. Acompanhou, enfim, a posição do r. Juiz singular, ampliando também os limites das investigações. Pediu vista para melhor exame.

No dia 13 de março p. passado (2009), os advogados do Sr. Everardo Maciel apresentaram uma petição, dirigida ao Coordenador da Câmara, afirmando que a representação no âmbito administrativo havia sido arquivada. Juntaram documentos. Pediram também que a mesma fosse submetida ao ilustre Relator, diante dos novos elementos fáticos, 'para o fim de eventual reconsideração do voto proferido, no sentido da ora pleiteada manutenção da r. promoção de arquivamento.' (fl. 545).

Na última sessão, 16 de março de 2009, trouxe os autos a julgamento, com meu voto vista, argüindo uma preliminar, quanto ao conhecimento dos documentos apresentados, após o início do julgamento. O Colegiado decidiu por conhecer referidos documentos, em homenagem, inclusive, à busca da verdade real. Por isso, os autos foram retirados de pauta, a pedido do relator, Dr. Mário Bonsaglia. Por despacho do Coordenador, na mesma data, os autos, portanto, retornaram ao relator. Na sessão de hoje, 29 de abril do corrente, o relator, analisando os documentos apresentados, confirmou seu voto anterior, pelo prosseguimento das investigações (fls. 598/601).

É o breve relato.

Não há necessidade de nova vista. O relator manteve, no essencial, seu voto anterior. Como já havia analisado todo o processo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bem como os documentos apresentados, passo a expor o meu entendimento, que não foi alterado pelos acréscimos agora feitos na confirmação do voto.

E o faço, evidenciando, preliminarmente, que a premissa básica do MM. Juiz, para discordar do pedido de arquivamento, tem por base um 'termo de constatação' da Corregedoria da Receita Federal - Comissão de Inquérito Disciplinar, que diz '... deparou-se com **provas** de produção de atos administrativos e minutas de atos legislativos, assinados pelo então Secretário da Receita Federal, que beneficiaram ilicitamente contribuintes, sendo ainda incontestado que parte desses contribuintes beneficiados efetuaram pagamentos em favor dos auditores fiscais da Receita Federal... (destaquei)' - negrito do original - fl. 528. Continua o magistrado:

'Adiante, prossegue afirmando que 'o pagamento, como restou **comprovado**, deu-se em contraprestação a ato ilícito, notadamente a produção de ato administrativo, editado pelo então Secretário da Receita Federal... - **negrito do juiz**.

O citado documento traz, ainda, uma planilha de valores que ultrapassam a cifra de um milhão e trezentos mil reais pretensamente recebidos pelo ora Requerido, sobre os quais recomenda apurar se os vultosos recebimentos guardam relação com os benefícios supostamente auferidos pelas empresas...

As 'provas' a que alude a Comissão de Inquérito Disciplinar dizem respeito aos atos supostamente praticados em benefício das empresas MC Donald's Comércio de Alimentos Ltda. e a Companhia de Bebidas das Américas - AmBev, mas esclarece que os demais documentos analisados naquela oportunidade, '... que pode ter havido participação do ora representado...' na edição de normas pela Receita Federal de interesse de **outras entidades** das quais, também, '... recebeu montantes consideráveis...'.
Ora, se a Comissão de Inquérito Disciplinar constatou, com base em documentos disponíveis, a ocorrência de ilícito não há que se falar em ausência de indícios ou de justa causa para o prosseguimento das investigações que esclareçam os fatos apontados em sede administrativa.' (fls. 528/529) - grifei

Com base nessas alegações, discordou do arquivamento e remeteu os autos à Procuradoria Geral da República.

Há equívocos, data venia.

As alegações o r. Magistrado tem por premissa, o 'Termo de Constatação' de fls. 147/153, elaborado por uma comissão de inquérito disciplinar, da Corregedoria Geral do Ministério da Fazenda, num procedimento em que eram investigados os auditores Paulo Baltazar Carneiro e Sandro Martins Silva, e não o investigado Everaldo Maciel. Em função de dois ofícios da PR/DF, num inquérito civil público (nº 1.16.000.000208/2005-26), resolveram os membros da referida Comissão de Inquérito representar contra o Sr. Everaldo Maciel, entendendo que ele, enquanto Secretário da Receita, teria editado normas que beneficiaram MC Donald's Comércio de Alimentos Ltda. Como esses auditores foram assessores do Sr. Everardo Maciel achou a Comissão que havia 'uma associação entre eles' para possível 'venda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de legislação' etc.

O 'Termo de Constatação' transcreve uma reportagem de Luiz Nassif (fls. 149/150) e pelo 'sistema de procura Google' levantou-se expediente do Deputado Dr. Ribamar Alves, em que faz anúncio da apresentação da Comissão Parlamentar de Inquérito, para apuração quanto à ilegalidade da ligação 'A Cerveja e a Cofins'. Menciona que a Logos Consultoria Fiscal Ltda. e Everardo Maciel receberam vultosas quantias da AmBev, a partir de maio de 2003. No final, menciona os membros da Comissão de Inquérito, que 'efetua-se a presente Representação', com fundamento no art. 116, inciso XII, da Lei 8.112/90'. (grifei)

*Vê-se, portanto, que o 'termo de constatação' não é um termo de constatação sobre provas produzidas (ou existentes) contra o investigado, respeitado o contraditório e a ampla defesa, como acontece em geral nos procedimentos administrativos. É, sim, uma **representação** contra Everardo Maciel feita no bojo de um inquérito disciplinar aberto, não contra Everardo Maciel, repita-se, mas contra os auditores Paulo Baltazar Carneiro e Sandro Martins Silva. E todas as acusações ali são dos representantes e **não** significam provas em desfavor do investigado. Por isso, incorreta, data venia, a afirmação do r. Magistrado, ao assinalar que 'ora, se a Comissão de Inquérito Disciplinar constatou, com base em documentos disponíveis, a ocorrência de ilícito, não há que se falar em ausência de indícios ou de justa causa para o prosseguimento das investigações ...' - sic (fls. 529).*

*A comissão de inquérito fazia, na oportunidade, uma representação contra o Sr. Everardo Maciel, não podendo se ter, de conseguinte, tal representação, **por si só**, como fato incontestado, decorrendo a confusão, na realidade, pela forma '**equivocada**' com que uma Comissão de Inquérito, que apura fatos contra terceiros, ao invés de fazer uma representação, usa a figura incorreta do 'termo de constatação', levando o r. Juiz singular a erro, data venia. Ou seja, inicia-se uma representação com o título de 'termo de constatação', para, somente no final, dizer que se trata de representação, após fazer acusações como se os 'fatos ilícitos' **já** estivessem provados.*

E o que resultou essa representação em desfavor do investigado? **Ela foi arquivada**, como se vê pelo Processo Administrativo nº 10168.001165/2006-43, em parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que restou aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional e, no final, pelo Ministro da Fazenda (documento de fls. 568/592).

São trechos da decisão, no principal:

'22. Com relação à acusação de que o Representante teria favorecido a AMBEV com a edição de atos normativos quando ocupante do cargo de Secretário da Receita Federal, é de verificar que ele (Representado) não exerce o cargo desde 1º de janeiro de 2003, sendo certo que a legislação invocada diz respeito à tributação do IPI e do PIS/CONFINS devidos pelas empresas de cerveja e fere-se (sic) a período posterior: Lei nº 10.833, **de 29 de dezembro de 2003**, Decreto nº 4.965, de 29 de janeiro de 2004, Instrução Normativa SRF nº 388, de 2004, e Instrução Normativa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SRF nº 389, de 2004.

23. A Lei nº 7.798, de 10 de julho de 1989, é anterior a sua gestão e o Decreto nº 2.637, de 25 de junho de 1998, e o Decreto nº 4.544, de 26 de dezembro de 2002, foram editados pelo Presidente da República, constituindo Atos de Governo, editado pela mais alta autoridade do Poder Executivo Federal com discricionariedade ampla, não cabendo a esta Procuradoria-Geral emitir qualquer juízo de aprovação ou desaprovação sobre o conteúdo normativo de tais medidas. A esse respeito, confira-se recente julgamento (em 13 de maio de 2008) do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25.141-1 - RJ, no qual o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, proferiu voto com o seguinte fundamento, dentro outros:

'Depois, porque a matéria veiculada na inicial envolve ato de governo, que se caracteriza pela ampla discricionariedade, praticado por altas autoridades da República, razão pela qual não se pode cogitar de direito líquido e certo no tocante ao ajuizamento de ação penal contra estas.'

24. Ademais, os depoimentos de Alberto Guimarães Andrade e de Eduardo Muzzi (Documentação relativa ao Caso AMBEV - Anexo I deste Processo) não denotam qualquer envolvimento de Everardo de Almeida Maciel no favorecimento de contribuintes da Fazenda Nacional. Em nenhuma linha, constata-se a influência do Representado na edição de supostos atos ilícitos destinados a exonerar empresas em débito com o Fisco Federal. Vejamos os únicos trechos em que se noticia nome do Representado:

Termo de Inquirição de Alberto Guimarães Andrade - '15) **Perguntado** se a opção da contratação da SBS Consultoria pela empresa do Depoente teria decorrido de a SBS ter alardeado exercer influência sobre servidor público incumbido de edição de atos de sua esfera de competência, relacionados como objeto do **contrato**, respondeu que, especificamente, não. Que os nomes mais falados, na época, eram o do então SRF Everardo Maciel e -do Ministro da Fazenda Pedro Malan. (...) (destaques do original)

Termo de Inquirição de Eduardo Muzzi - '13) Perguntado se conheceu o Everardo Almeida Maciel, respondeu que sim. Que o conheceu em reuniões com várias outras pessoas, quando ainda estava na ANFAVEA, por volta de 1998. Que depois de deixar o Cargo de Secretário da Receita Federal, o Sr. Everardo cumpriu uma quarentena e foi, em seguida contratado pela AMBEV como consultor, não sabendo informar o valor desse contrato, quanto passou a ter mais contato com ele. Que, quando o Depoente era Diretor Jurídico da AMBEV, teve uma, 2 ou 3 audiências com o Sr. Everardo. Pelo que se recorda, o último contato que manteve com o Sr. Everardo foi em setembro de 2003.' (negrito do original)

25. Dessarte, manifestamo-nos pela insubsistência dessas imputações.

26. Quanto à acusação sobre a edição do Ato Declaratório Interpretativo nº 02, de 22 de fevereiro de 2002, os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Representantes denunciam que teria sido confeccionado em benefício da empresa MC DONALD'S.

27. *O ato normativo suso mencionado dispõe sobre a dedutibilidade das remunerações pagas por franqueado a franqueador (os chamados royalties) da base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas. Segue o texto:*

'O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal aprovado pela Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001, e tendo em vista o disposto nos arts. 351 a 355 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto de Renda (RIR, de 1999), e o que consta do processo nº 10168.000885/2002-68, declara:

Artigo único. A remuneração paga pelo franqueado ao franqueador é dedutível da base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas, aplicando-se, cumulativamente, os limites percentuais previstos nas Portarias específicas do Ministro da Fazenda, para cada tipo de royalty contratado, classificando-os segundo as subdivisões daqueles atos administrativos.

Parágrafo único. A dedutibilidade prevista no caput aplica-se o limite máximo de cinco por cento previsto no art. 12 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, e no art. 6º do Decreto-lei nº 1.730, de 17 de dezembro de 1979.'

28. *No que diz respeito à forma e ao conteúdo normativo, esta Procuradoria-Geral, por intermédio de sua Coordenação-Geral de Assuntos Tributários (GAT), no Parecer PGFN/GAT/Nº 1002/2006, não detectou qualquer ilegalidade nem ilegitimidade no Ato em questão, visto que editado por agente público competente, no uso de suas atribuições, e tão-somente afirma que as dedutibilidades de royalties devem obedecer aos limites específicos previstos em portarias ministeriais, sendo que, em qualquer caso, o limite máximo é de 5%, consoante previsão legal. Seguem trechos do referido opinativo:*

'19. Sobre o Parecer Cosit nº 4/2002. O Parecer Cosit nº 4/2002, após a análise do pleito da ABF, concluiu no sentido de que observada a legislação vigente, à dedutibilidade da remuneração paga pelo franqueado ao franqueador aplicam-se, cumulativamente, os limites percentuais previstos nas Portarias do Ministro da Fazenda, para cada tipo de contraprestação de royalty contratado, classificando-os segundo as subdivisões daqueles atos administrativos'.

20. Prevendo a necessidade de obediência à legislação vigente e de aplicação cumulativa dos limites percentuais previstos nas Portarias do Ministro da Fazenda, podemos concluir que restou indeferido o pleito da ABF de dedutibilidade da soma dos limites percentuais relativos à utilização de patentes, fórmulas ou processos de fabricação e ao uso de marca ou nome comercial.

21. Isto porque a Portaria MF nº 436/58, a cuja aplicação o Parecer Cosit remete, dispõe, em sua alínea a, inciso II, sobre o limite de dedutibilidade de 1% (um por cento), aplicável às despesas com o uso de marca ou nome comercial, quando não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decorrentes 'da utilização de patente, processo ou fórmula de fabricação', o que determina a impossibilidade de cumulação deste limite (relativo a uso de marca ou nome comercial) com os limites de dedutibilidade estabelecidos na alínea a, inciso I, da mesma Portaria, para patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, despesas de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes, como queria a ABF.

22. A cumulatividade a que alude o Parecer Cosit nº 4/2002 refere-se à hipótese de pagamento, relativamente a um determinado produto, de mais de uma contraprestação de royalty contratado, referente à utilização de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, despesas de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes.

23. *E na hipótese desta cumulatividade, ainda alertou para a necessidade de observância concomitante de dois limites, quais sejam: i) daqueles previstos nas Portarias do Ministro da Fazenda, para cada tipo de contraprestação de royalty contratado, classificando-os segundo as subdivisões daqueles atos administrativos; e ii) daquele previsto pelo art. 12 da Lei nº 4.131/62, caput, qual seja, de que a dedutibilidade, no seu conjunto, não poderia exceder ao limite de cinco por cento da receita Líquida resultante da venda dos produtos vinculados ao contrato de franquia que as tenha gerado.*

24. A conclusão do Parecer Cosit nº 4/2002 sinaliza que a dedutibilidade da remuneração paga pelo franqueado ao franqueador, 'no seu conjunto, não pode exceder o limite de cinco por cento da receita Líquida resultante da venda dos produtos vinculados ao contrato de franquia que as tenha gerado'.

25. Tal conclusão não atende ao pedido principal da ABF, que consistia no reconhecimento de dedutibilidade total dos pagamentos em questão, e ao seu pedido alternativo - dedução da soma das despesas pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação - inciso I da Portaria MF nº 436/58 - e das despesas pelo uso de marcas de indústria e comércio, ou nome comercial - inciso II, alínea a, da mesma Portaria.

26. Restando indeferido tanto o pedido principal como o pedido alternativo formulados pela ABF - pois, como já explicitado nos Itens anteriores, o alcance da expressão cumulatividade possui sentido diferente na formulação da referida Associação, e naquela utilizada pela Cosit - não se ultimou à providência aludida na alínea d da Portaria MF nº 303/59, que seria o encaminhamento à apreciação por parte do Senhor Ministro da Fazenda.

27. Finalizando as considerações sobre a manifestação da Coordenação-Geral de Tributação da SRF acerca do pleito formulado pela ABF, que ficou consubstanciado no Parecer Cosit nº 4/2002, cabe registrar inserir-se dentro de sua competência regimental, no âmbito daquela Secretaria (Portaria/MF nº 259, de 24 de agosto de 2001).

28. Sobre o Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 2, de 22 de fevereiro de 2002. Ao que tudo indica, na linha da conclusão do Item 24 supra, isto é, tratando-se de um pleito indeferido - e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consequentemente, não havendo 'produção ou atividade a classificar' que ensejasse a edição de nova Portaria Ministerial, nos termos das alíneas c e d da Portaria MF nº 303/59 - não foi encaminhado o expediente à consideração do Senhor Ministro de Estado da Fazenda, visto que o órgão especializado - no caso, a Cosit - pronunciara-se em sentido diverso ao pretendido pela ABF.

29. Optou o então Secretário da Receita Federal por editar o ato Declaratório Interpretativo SRF nº 2, de 22 de fevereiro de 2002, conferindo publicidade ao entendimento manifestado no órgão, de forma genérica e abstrata, e tendo como destinatários não somente aqueles franqueados filiados à Associação Brasileira de Franchising, mas todos os contribuintes que se encontrassem em situação assemelhada.

30. Registre-se, por oportuno, que a expedição do ADI SRF nº 2/2002 insere-se em sua competência regimental, nos termos da Portaria MF nº 259/2001.

31. Assim, diante do exposto, concluímos, salvo melhor juízo, não haver ilegalidade, ou ilegitimidade no atos editados pela SRF, objeto do presente estudo, quais sejam, no Parecer Cosit nº 4/2002, bem como no Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 2/2002, (com os destaques do original)

29. A documentação correspondente ao caso MC DONALD'S (Anexo I deste Processo Administrativo), traz vagos indícios, na verdade, suposições, de que o ex-Secretário da Receita Federal, Everardo de Almeida Maciel, interveio na elaboração do ADI SRF nº 2/2002, a pedido da Associação Brasileira de Franchising (ABF), em franco benefício da empresa MC DONALD'S, sua associada. Trata-se de acusação extremamente grave, que não pode vir dissociada de elementos concretos, ausentes no caso. O ex-Secretário editou um ato que, nos termos do Parecer PGFN/CAT/Nº 1002/2006, foi reputado legal e legítimo. Se há indícios - agora sim - concretos de que assessores seus estariam atuando em prol da interessada, deve a Administração investigar de maneira exauriente essas questões. Mas isso não autoriza, colocar o ex-Secretário na condição de co-réu se até agora ausentes, contra ele, os mesmos indícios que legitimam a persecução ora em trâmite no âmbito da Corregedoria-Geral da Receita Federal para concluir a investigação da suposta venda de legislação.' (fls. 575/579)

Pelo mesmo parecer, exarado no procedimento em epigrafe, da Procuradoria da Fazenda Nacional, analisou-se uma representação feita, nos mesmos moldes, contra o ex-Secretário da Receita Federal, Jorge Antônio Deher Rachid. E a conclusão foi a seguinte:

'Por fim, a conclusão inarredável a que se chega é a de total deficiência das imputações assacadas ao ex-Secretário da Receita Federal, Jorge Antônio Deher Rachid. As acusações são carentes de material fático-probante, consistindo em denúncia genérica. Sendo certo, ainda, que grande parte da delação restou superada com o julgamento do Processo Administrativo Disciplinar nº 10167.000123/2003-52, considerado o nó górdio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corregedoria-Geral da Receita Federal do Brasil.' (fl. 590)

Assim, também contra o ex-Secretário da Receita Federal Jorge Rachid não se justifica, no caso, a continuação das investigações, porque as premissas levantadas estão totalmente incorretas, data venia. Além disso, contra ele não foi feita qualquer representação. E a representação/termo de constatação se mostrou improcedente, na totalidade.

Por último, vale anotar o quanto mencionado na decisão da Procuradoria da Fazenda Nacional, ao arquivar os procedimentos contra Everardo Maciel e Jorge Rachid, como referido acima.

Afirma a Procuradoria da Fazenda Nacional, conforme transcrito, 'sendo certo, ainda, que grande parte da delação restou superada com o julgamento do Processo Administrativo Disciplinar nº 10167.000123/2003-52. Que processo é esse? O mesmo que deu início à representação – 'termo de Constatação', de fls. 147/153 - veja à fl. 147.

Ou seja, não há elementos que justifiquem a continuação da persecução penal e as premissas fixadas pelo r. Magistrado não subsistem, diante das provas agora constantes dos autos.

Assim, pedindo vênias ao ilustre relator, mantenho o despacho de arquivamento. Voto pela insistência em sua manutenção. Acompanho, pois, as razões do Procurador oficiante, com os acréscimos aqui deduzidos.” (fls. 51/62 – cópia nos autos).

Verifico, finalmente, a manifestação do Procurador da República, dr. José Diógenes Teixeira, explicitando:

“O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pelo Procurador da República signatário, nos autos do processo em destaque, vem, respeitosamente, expor e requerer o que segue:

Trata-se de procedimento criminal instaurado em razão de fatos originalmente investigados no bojo do Inquérito Civil Público nº 1.16.000.002389/2005-25, segundo os quais os Srs. EVERARDO DE ALMEIDA MACIEL, ex-Secretário da Receita Federal do Brasil, SANDRO MARTINS SILVA e PAULO BALTAZAR CARNEIRO (Auditores Fiscais) estariam envolvidos em supostos delitos contra a Administração Pública - Arts. 317 e 333 do Código Penal - e contra a Ordem Tributária - Art. 3º da Lei 8.137/90, uma vez que teriam recebido, em caráter de contraprestação, pagamentos para a aprovação de edição de normas administrativas com desvio de finalidade, que teriam, supostamente, beneficiado empresas como a COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, MC DONALD'S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., FIAT AUTOMÓVEIS S.A e EXIMBIZ COMÉRCIO INTERNACIONAL S.A, exonerando-as do pagamento da tributação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Colho do Voto nº 472/2009 - MLB, da lavra do Exmo. Sr. Procurador Regional da República Mário Luiz Bonsaglia (Membro Suplente da 2ª CCR/MPF), o seguinte relato da matéria versada nos presentes autos (fls. 537/539 verso), in verbis:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'(...)

O referido Inquérito Civil Público visa a apurar desvio de finalidade no seio da Secretaria da Receita Federal, mediante a produção e edição de normas infralegais tributárias relativas à cobrança do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e Programa de Integração Social (PIS) voltadas, supostamente, a beneficiar as empresas COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS (AMBEV), FIAT AUTOMÓVEIS S.A, MC DONALD'S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. E EXIMBIZ COMÉRCIO INTERNACIONAL S.A.

O supra mencionado inquérito foi instaurado com base em denúncias recebidas pelo Deputado Federal José Ribamar Alves (PSB-MA) em encontro promovido pela Federação Nacional de Distribuidoras de Bebidas (FENADIB), objeto que foram de sua manifestação no Plenário da Câmara dos Deputados em 20 de janeiro de 2004, conforme Termo de Constatação (fls. 07/10).

O investigado, que em alguns casos teria agido em concurso com os funcionários da Receita Federal SANDRO MARTINS SILVA e PAULO BALTAZAR CARNEIRO teria favorecido a AMBEV através das Instruções Normativas nº 388 e 389/2004; o MC DONALD'S, por meio do Ato Declaratório (ADI) SRF nº 02 de 22/02/2002 (fls. 150); a FIAT, lançando mão da IN SRF nº 26/1999 (fls. 175); e a EXIMBIZ por meio da Nota COSIT/COTEX/DICOF nº 579/2000 (fls. 179) e Instruções Normativas (IN) SRF nº 75 e 98/2001 (fls. 179). Além desses atos, o investigado também teria atuado, mediante influência do cargo que exerceu (Secretário da Receita Federal), para a edição das Medidas Provisórias nº 1.807/1999, FIAT 183), 2.158-35/2001 (EXIMBIZ - fls.183) e 164/2004 (AMBEV - fls. 81 e do Decreto nº 4.965/04 (AMBEV - fls. 81).

Consta às fls. 20, 162 e 163 que o investigado foi nomeado para o Conselho Fiscal da AMBEV pouco tempo depois de se desligar da Secretaria da Receita Federal. Além disso, o mesmo teria recebido elevadas cifras da AMBEV, através da empresa LOGOS CONSULTORIA FISCAL LTDA., da qual é sócio juntamente com sua filha.

O Exmo. Sr. Procurador da República Luiz Fernando B. Viana sustentou seu pedido de arquivamento em razão da ausência de materialidade delitiva, bem como por não ter vislumbrado futura viabilidade de condenação com o acervo de provas contido no feito.

Divergindo, o MM. Juiz Federal argumentou que, se a Comissão de Inquérito Disciplinar da Corregedoria-Geral da própria Secretaria da Receita Federal constatou, com base em documentos disponíveis, a ocorrência de ilícito, não caberia falar em ausência de indícios ou de justa causa para o prosseguimento das investigações, a fim de se esclarecerem os fatos levantados em sede administrativa.

Os autos vieram a esta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão por força do art. 75/93.

(...)' - fls. 537/538.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tem-se, pois, que malgrado o pedido de arquivamento da notícia criminis, formulado pelo Exmo. Sr. Procurador da República Luiz Fernando Viana, pelas razões constantes da Promoção de Arquivamento de fls. 02-A a 02-E, o MM. Juiz Federal Titular da 12ª Vara Federal desta Seção Judiciária (Dr. Marcus Vinícius Reis Bastos), entendendo prematuro o arquivamento do caso, não acolheu a citada promoção, aplicando o Art. 28 do Código de Processo Penal e determinando a remessa dos autos ao Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, nos termos da r. Decisão de fls. 528/529.

No âmbito da C. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, sagrou-se vencedor o voto do Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. Mário Luiz Bonsaglia, no sentido da continuidade da apuração, com a designação de outro Membro para realização da persecução penal (fls. 537/539 verso e 598/601).

Eis a ementa do julgado:

(...)

Tais as circunstâncias, ora requer o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL a remessa dos presentes autos à SR/DPF/DF, por 90 (noventa) dias, a fim de que, convolvendo-se em regular inquérito policial, seja dada continuidade à investigação, com a realização (dentre outras reputadas necessárias pela Autoridade Policial que vier a presidir o procedimento inquisitorial) das diligências recomendadas pelo Exmo. Sr. Procurador Regional da República Mario Luiz Bonsaglia em seus Votos de fls. 537/539v (especialmente fls. 539 in fine e 539v) e 598/601, inclusive no que diz respeito à apuração dos fatos ocorridos após a saída do ex-Secretário da Receita Federal Everardo Maciel (anos de 2003 e 2004), na gestão do também ex-Secretário Jorge Antônio Deher Rachid (fls. 539, 2º parágrafo; 600-verso, último parágrafo e 601, § 1º).” (fls. 68/72).

Ora, dispõe o artigo 28 do Código de Processo Penal:

(...)

Isso estabelecido, considero presente o constrangimento ilegal, eis que o dispositivo legal acima transcrito não assegura ao procurador-geral, ou a quem suas vezes fizer, a faculdade de dissentir do pedido de arquivamento do inquérito, para que se prossigam as diligências apuratórias, reservando-se-lhe, sim, a possibilidade de oferecer a denúncia, designar outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistir no pedido de arquivamento.

Contudo, no caso em apreço, houve-se fora do permissivo legal, e, tanto mais impertinentemente quanto ao arrepio do artigo 18 do mesmo Código, que prescreve:

(...)

Com efeito, arquivado que venha a ser o inquérito, tal não obsta o procedimento de novas pesquisas, com amparo na aludida previsão legal.

Diante disso, concedo o *habeas corpus*. (fls. 1345-1361).

Asserem que no art. 28 do Código de Processo Penal tem-se uma hipótese de disjuntiva binária, que somente admite dois tipos de conduta: oferecimento de denúncia e não oferecimento de denúncia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirmam que propor diligências, sem decidir efetivamente nos limites do artigo 28, é tergiversar ante o dever institucional do Ministério Público, afetando a segurança jurídica.

Destacam que pensar o contrário seria eternizar a apuração ou permitir-se a realização da investigação prospectiva.

Sublinham que a Câmara de Coordenação e Revisão em Matéria Criminal entendeu que inexistia justa causa para oferecimento da denúncia. Tal circunstância, então, levaria, à necessidade de arquivamento.

Requerem o trancamento do inquérito policial 1403/2009-4 (2008.34.00.023870-0 - 12.^a Vara Federal de Brasília/DF), por ausência de justa causa.

Informações foram prestadas às fls. 1313-1370, 1372-1374.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 1382-1409, da lavra do Subprocurador-Geral da República José B. B. de Andrada, opinando pela concessão da ordem.

Os impetrantes requereram preferência no julgamento, tendo em vista que havia sido intimado o paciente a comparecer perante a autoridade policial em 18/04/2011.

Foi reiterado o pleito de urgência no julgamento, dada a modificação da data de comparecimento para 29/08/2011, fl. 1431.

Formulou-se, finalmente, pedido de liminar incidental, acompanhado de documentos, fls. 1435-1450, por meio do qual se repisou a nova data de comparecimento do paciente perante a Polícia Federal, destacando que, em junho de 2011, o Ministério Público Federal requereu o arquivamento do inquérito civil público 1.16.000.02389/2005-235, do qual ter-se-ia originado a Representação Criminal e, por conseguinte, o inquérito policial que se pretende trancar. Salientam que o paciente saiu da Administração Pública há quase dez anos e nada foi apurado em seu desfavor. Busca, então, a suspensão do inquérito policial até o julgamento pela Sexta Turma desta colenda Turma.

A liminar foi deferida para sobrestar o andamento do inquérito policial federal 1403/2009-4 (2008.34.00.023870-0 - 12.^a Vara Federal de Brasília/DF), até o julgamento do *writ* pela colenda Sexta Turma deste egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Em consulta telefônica efetuada junto à Procuradoria Geral da República, obteve-se a informação de que o inquérito civil público, que apurava a suposta improbidade administrativa do paciente, fato retratado no inquérito policial em testilha, teve o arquivamento homologado pela Primeira e Quinta Câmaras de Coordenação e Revisão.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 189.130 - DF (2010/0200912-4)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE PEÇAS DE INFORMAÇÃO. DISCORDÂNCIA DO JUIZ. ENVIO DOS AUTOS AO PROCURADOR-GERAL. DETERMINAÇÃO DA CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO EM MATÉRIA CRIMINAL (POR DELEGAÇÃO DO PGR) DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. INQUÉRITO POLICIAL DERIVADO DE ELEMENTOS DE INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. RECONHECIMENTO DE AUSÊNCIA DE ILICITUDE NA ESFERA CIVIL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO.

1. No âmbito de disciplina do art. 28 do Código de Processo Penal, não há reconhecer, estritamente, apenas as duas únicas previsões de ratificação do arquivamento ou o oferecimento de denúncia. Nada obsta que o *Parquet*, dadas as peculiaridades do caso concreto, determine o envio/retorno dos autos à Polícia para a complementação das investigações a fim de melhor estabelecer a sua *opinio delicti*. Na espécie, contudo, havia peculiaridades que tornaram inapropriada a medida.

2. O Direito Penal deve ser encarado de acordo com a principiologia constitucional. Dentre os princípios constitucionais implícitos figura o da subsidiariedade, por meio do qual a intervenção penal somente é admissível quando os demais ramos do direito não conseguem bem equacionar os conflitos sociais. *In casu*, tendo em vista o pronunciamento definitivo do Ministério Público Federal, não se apurando sequer improbidade administrativa por parte do paciente, arquivando-se o inquérito civil público, tem-se que, *ab initio*, não se justificava a instauração do inquérito policial.

3. Ordem concedida para trancar o inquérito policial federal 1403/2009-4 (2008.34.00.023870-0 - 12.^a Vara Federal de Brasília/DF)

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

O objeto da impetração envolve duas questões: a) existência de violação ao disposto no art. 28 do Código de Processo Penal; e, b) ocorrência de falta de justa causa para a instauração de inquérito policial.

Repisando o contexto fático, pontue-se que, originário de elementos colhidos do inquérito civil público 1.16.000002389/2005-25 do Ministério Público Federal do Distrito Federal, foi instaurado procedimento investigatório criminal também no âmbito do *Parquet*,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para apurar a suposta prática dos crimes dos arts. 317 e 333 do Código Penal e art. 3.º da Lei 8.137/90.

Após quase um ano e meio da instauração do mencionado procedimento investigatório penal, o representante do Ministério Público Federal, apontando a carência de justa causa, requereu o arquivamento do feito. Todavia, o magistrado de primeiro grau serviu-se da disposição do art. 28 do Código de Processo Penal, remetendo os autos ao Procurador-Geral. Na 2.ª Câmara de Coordenação e Revisão em Matéria Criminal, os seus integrantes, por maioria, decidiram pela designação de outro membro do *Parquet* para acompanhar a realização de diligências.

O fato de a Câmara de Coordenação e Revisão em Matéria Criminal, do Ministério Público Federal, ter entendido que seria necessário o prosseguimento das investigações pressupunha que, de acordo com os elementos derivados de inquérito civil, inexistia, de fato, embasamento suficiente para o oferecimento de denúncia ou desde logo para o arquivamento.

Passa-se, então, ao exame do elastério conferido ao disposto no art. 28 do Código de Processo Penal.

Entendo que é possível ao Procurador-Geral optar por caminho além do arquivamento/denúncia. Por mais que a literalidade do art. 28 do Código de Processo Penal apenas preveja duas alternativas, denúncia ou arquivamento, é ineludível a existência de uma terceira via. Diferentemente da disciplina hermética da legalidade no âmbito penal, no universo do processo penal, de acordo com a letra do art. 3.º do Estatuto Processual Penal, admite-se a interpretação extensiva e a analógica. Desta forma, entendo ser lícito, sim, em tese, ao Procurador-Geral, no ambiente do art. 28 do CPP, determinar a remessa de autos do inquérito policial à Polícia, objetivando a complementação de diligências. E se isto é possível, admite-se, por analogia e sempre em tese, que em casos de procedimento administrativo penal instaurado no seio do Ministério Público, o Procurador-Geral entenda ser o caso de instauração de inquérito policial, quando as peças de informações, *in casu*, oriundas de inquérito civil público, não consubstanciarem material suficiente para a formação da *opinio delicti*.

Neste sentido, confira-se a lição do Professor Titular da USP, VICENTE GRECO FILHO:

Se o juiz discordar da promoção do Ministério Público, quanto ao pedido de arquivamento, deverá determinar a remessa dos autos do Procurador-Geral da Justiça, conforme preceitua o art. 28 do Código de Processo Penal. Tal determinação tem por fim assegurar o princípio da necessidade da ação penal adiante comentado. O Procurador-Geral (se se tratar da Justiça Federal será o Procurador-geral da República) poderá:

- a. insistir no arquivamento, caso em que o juiz simplesmente recebe os autos para remetê-los ao arquivo no cartório respectivo;
- b. **determinar diligências complementares para poder decidir,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso em que essas diligências serão requisitadas diretamente à polícia ou a outras entidades. (...)

c. discordar do pedido de arquivamento, caso em que oferecerá denúncia ou determinará que outro promotor a ofereça. (*Manual de processo penal*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 100-101).

Em idêntico trilha EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA:

Se o juiz discordar da manifestação ministerial, recusando-se a promover o arquivamento dos autos, estes devem ser encaminhados à chefia da instituição, nos termos do art. 28 do CPP. Se o Procurador-Geral de Justiça entender tratar-se de hipótese de denúncia, deverá ele mesmo oferecê-la, ou designar outro membro para, em seu nome, apresentá-la. **É possível também que lhe parece conveniente o retorno dos autos à autoridade policial para nova colheita de provas, deixando de opinar conclusivamente sobre a matéria.** (*Curso de processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 74 - destaquei).

Por mais que não vislumbre ilegalidade, abstratamente, em se determinar, diante do programa normativo do art. 28 do CPP, a instauração de inquérito policial, o caso vertente indica a meu ver que a providência não foi, concretamente, a mais correta, como a seguir se verá.

Passa-se, então, ao exame da segunda alegação: carência de justa causa para a instauração do inquérito policial.

Eis o teor do pedido de arquivamento do procedimento investigatório penal, formulado pelo Procurador da República oficiante em primeiro grau:

Cuida-se de procedimento administrativo instaurado - a partir das investigações levadas a efeito no Inquérito Civil Público nº 1.16.000.002389/2005-25 - para apurar a suposta prática dos ilícitos criminais descritos nos arts. 317 e 333 do CP e 3º da Lei nº 8.137/90.

Consta dos autos que referido Inquérito Civil Público detinha como conteúdo a apuração de atos de improbidade administrativa evidenciados no seio da Secretaria da Receita Federal, no contexto da edição de normas infralegais tributárias relativas a cobrança do imposto sobre produtos industrializados (IPI), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e Contribuição de Integração Social sobre a comercialização de cervejas e refrigerantes (fl. 02).

No decorrer das investigações, o il. Procurador da República Lauro Pinto Cardoso vislumbrou a necessidade de que as investigações fossem aprofundadas, também no âmbito criminal, acerca de "irregularidades na normalização no âmbito da Secretaria da Receita Federal sobre o recolhimento" da contribuição para o PIS e CONFINS, em tese, para beneficiar a AMBEV", fato que motivou a encaminhar cópias do aludido procedimento ao setor criminal para a adoção das providências cabíveis (fls. 03/05).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O objeto das investigações neste procedimento criminal foi indicado no Termo de Constatação de fls. 07/10 (Secretaria da Receita Federal), elaborado a partir de manifestação do Deputado Federal José Ribamar Alves no Plenário da Câmara dos Deputados no dia 20 de janeiro de 2004.

(...)

Com efeito, o principal suspeito da prática dos ilícitos seria, em tese, o ex-Secretário da Receita Federal Everardo Maciel. A investigação no âmbito cível decorreu do fato dele ter participado da emissão de atos administrativos infralegais que teriam beneficiado a AMBEV, no recolhimento do PIS, o que poderia contribuir para que o mercado de cervejaria ficasse monopolizado nas mãos de um único fornecedor.

Muito embora cause estranheza o fato de o Sra. Everardo Maciel ter figurado nos quadros da AMBEV, após seu desligamento da SRF (fls. 20 e 162/163), uma atenta leitura dos autos infirma qualquer tentativa de se concluir pela presença de elementos de prova para o oferecimento da denúncia.

De fato, para o oferecimento da denúncia não é necessário que existam elementos cabais de prática delitiva, bastando lastro mínimo de prova da conduta que se imputa criminosa (STF, Iª Turma, HC n'83266 / MT, rei Min. Marco Aurélio, DJ 04-06-2004, p. 47).

Entretanto, o órgão de acusação tem o dever de vislumbrar futura viabilidade de condenação com o acervo de provas que possui.

Como visto, o Termo de Constatação de fls. 07/10 tomou como fundamento os fatos indicados pelo Deputado Federal José Ribamar Alves. Nos documentos que foram fornecidos pelo parlamentar (fls. 28/102) não consta qualquer dado diferenciado e comprometedor da conduta do investigado.

Por outro lado, no Termo de Constatação de fls. 149/155, verifica-se que a atuação do investigado esteve relacionada com a empresa MC DONALDS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA, assim como com a empresa LOGOS CONSULTORIA FISCAL LTDA, no qual mantinha sociedade com sua filha (fls. 153).

Por fim, nas fls. 157/168 encontram-se os depoimentos de -ALBERTO GUIMARÃES ANDRADE, EDUARDO MUZZI e OTTO CRISTIANO DE OLIVEIRA GLASNER, extraídos do Procedimento Administrativo disciplinar 10167.000123/2003-52. Este procedimento tinha como objeto justamente reunir provas de corrupção contra Everardo Maciel.

Todos mencionaram o nome de Everardo Maciel. Porém não acrescentaram qualquer utilidade prática para as investigações.

Como cediço, os delitos de corrupção não são de fácil apuração. Se não houver um quadro probatório construído, ou em vias de o ser - com depoimentos convergentes e documentos irrefutáveis - o grau de sucesso da acusação é quase zero, como no caso.

Na ausência de dados qualificados de materialidade delitiva, a outra solução não se pode chegar, senão pelo arquivamento deste procedimento.

Ante o exposto, requer o Ministério Público Federal o arquivamento dos autos, com as cautelas do art. 18 do CPP. (fls. 29-33).

Neste contexto, após as diligências encetadas, o Procurador da República atuante em primeiro grau não apurou a existência de indícios que pudessem identificar qualquer prática típica por parte do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não bastasse a ausência de elementos de prova ligando o paciente ao beneficiamento de empresas, mediante a edição de normas tributárias, há um outro argumento, de ordem principiológica, que inviabiliza o ecoar da *persecutio criminis*.

Por meio da petição de fls. 1435-1450, os impetrantes trouxeram a contexto pedido de arquivamento do inquérito civil público que cuidava da investigação de suposta improbidade administrativa acerca dos fatos em questão, do qual se extrai:

(...)

Ausente o impedimento legal, a atividade de consultoria prestada por Everardo Maciel mostra-se formalmente regular. É que não foram apresentados ou encontrados na presente investigação, evidências de favorecimento pessoal em detrimento do interesse público. Em outras palavras, não encontrados quaisquer indícios de que a prestação de consultoria privada pelo ex-secretário tenha qualquer relação com a edição da L. n° 7.798/89 (com Início de vigência anterior à sua gestão) e/ou sua regulamentação.

De fato, é comum a contratação, geralmente por grandes empresas, de egressos da Administração Pública, os quais reuniram, durante o exercício de suas funções, conhecimentos complexos e altamente especializados. Tais ex-agentes públicos, por sua vez, desde que respeitada a legislação vigente no que se refere ao tempo de "quarentena", não estão impedidos de oferecer ao mercado privado a prestação de seus serviços.

Apenas a título de exemplificação, citam-se os casos do ex-Ministro da Fazenda, Pedro Malan e do ex-Presidente do Banco Central, Armínio Fraga, ambos contratados para atuar no conselho de administração do Unibanco. O fato restou bem ilustrado na reportagem intitulada "Eles Voltaram", veiculada na Revista Veja, edição 1801, de 07/05/2003:

(...)

Desse modo, ausente dos autos (instaurados há mais de 5 anos) indícios da prática de atos de improbidade administrativa pelo ex-Secretário da Receita Federal, Sr. Everardo Maciel.

Isto posto, promovo:

- a) o arquivamento do presente inquérito civil público;
- b) a remessa dos autos à 5ª C.C.R., para fins de homologatórios/revisionais, em observância ao art. 17. § 2º, da Resolução 87/06 do Conselho Superior do Ministério Público Federal. (fls. 1448-1449).

De acordo com as informações colhidas junto à Procuradoria Geral da República, verifica-se que a situação no âmbito civil encontra-se equacionada, tendo-se concluído pela ausência de ilicitude no comportamento do paciente.

Tal particularidade gera a convicção, retrospectiva, de que não se justifica, como não se justificava, *ab initio*, o emprego na persecução penal em desfavor do paciente.

Portanto, imperiosa é a conclusão de que inexistia, quando da determinação da instauração do inquérito policial, a seiva indispensável para a *persecutio criminis*: a relevância penal do fato.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, é de se ter em linha de consideração o princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Direito Penal deve ser visto como *ultima ratio*.

Nesta toada, tem-se que a persecução penal em testilha fere o princípio da intervenção mínima, mormente tendo em conta a faceta da subsidiariedade. Acerca do tema, esclarece ALBERTO SILVA FRANCO:

(...) como adverte Antonio García-Pablos de Molina (Idem, p. 558/559), o Direito Penal não pode ser a *prima ratio*, em a *unica ratio* para fazer face às tensões sociais: "é a *ultima ratio*, não a solução ao problema do crime, como sucede com qualquer técnica de intervenção traumática, de efeitos irreversíveis; cabe apenas a ela recorrer em casos de estrita necessidade, para defender os bens juridicamente fundamentais, dos ataques mais graves e somente quando não ofereçam garantia de êxito as demais estratégias de natureza não penal".

O princípio da intervenção mínima encontra expressão em duas perspectivas diversas: o princípio da fragmentariedade e o princípio da subsidiariedade.

(...)

Já o princípio da subsidiariedade põe em destaque o fato de que o Direito Penal não é único controle social formal dotado de recursos coativos, embora seja o que disponha, nessa matéria, dos instrumentos mais enérgicos e traumáticos. A gravidade intrínseca desse instrumental, posto à disposição do Direito Penal, recomenda, no entato, que só se faça dele uso quando não tenham tido êxito os meios coativos menos gravosos, de natureza não penal. "A cirurgia penal, por seus efeitos traumáticos e irreversíveis - por sua nocividade intrínseca - só pode ser prescrita *in extremis*, isto é, quando não se dispõe de outras possíveis técnicas de intervenção ou estas resultam ineficazes como *ultima ratio*. O princípio da subsidiariedade expressa, portanto, uma exigência elementar: a necessidade de hierarquizar, otimizar e racionalizar os meios disponíveis para responder ao problema criminal adequada e eficazmente. Uma autêntica exigência de economia social que optará sempre a favor do tipo de intervenção menos lesiva ou limitativa dos direitos individuais dado que o Direito Penal é o último recurso de uma sã política social" (Antonio Garcia-Pablos de Molina, Idem, p. 563). O princípio da subsidiariedade limita, portanto, o *ius puniendi* na medida em que só autoriza a intervenção penal se não houver outro tipo de intervenção penal se não houver outro tipo de intervenção estatal menos e menos custosa aos direitos individuais. (*Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 49).

A intervenção social menos drástica, de acordo com os fatos em tela, seria a sanção administrativa - cuja senda inclusive já se encontra pacificada, com o arquivamento homologado pelo Ministério Público Federal.

Note-se, entretanto, que dos vários procedimentos que foram encetados em razão da suposta utilização indevida do cargo pelo paciente, não há notícia de êxito em qualquer deles. Pelo contrário, colhem-se dos autos duas sentenças que o isentaram de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

responsabilidade: Ação Civil Pública 2005.34.13284-8, envolvendo a FIAT AUTOMÓVEIS S/A (fls. 1014-1027), e, Ação Civil Pública, envolvendo a Mcdonald's Comércio de Alimentos, Ltda. (fls. 1065-1092).

Acerca da preocupação com a expansão incriminatória, confira-se a lição do Professor Titular de Direito Penal da USP, RENATO DE MELLO JORGE DA SILVEIRA:

Em momento embrionário desta discussão, afirmando-se que nem todos os interesses dessa ordem seriam passíveis de tutela penal, pretendeu-se estabelecer um mínimo de valores a serem defendidos. (...)

A busca de soluções para o problema basilar das sociedades pós-industriais e a questão dos interesses difusos e sua abordagem penal têm levado o legislador, no mais das vezes a uma fuga ao Direito Penal. Reflexo de uma crise por que passa a própria sociedade, a tendência de tipificação de condutas, sem a contrapartida de avaliação filosófico-sistêmica penal, conduz a norma a uma realidade simbólica, deslegitimando o Direito Penal. As limitações de uma tutela difusa devem encontrar fronteira não em uma avaliação subjetiva da sociedade, mas, sim, na possibilidade de esta sociedade buscar outros meios para os novos interesses surgidos. (*Direito penal supra-individual*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 211).

Registre-se que os fatos enfocados no inquérito policial sequer foram tidos por antijurídicos no plano administrativo. Desta maneira, creio que o manejo do Direito Penal implicaria intervenção estatal desproporcional, dado que, numa perspectiva conglobante não seria possível falar-se em tipicidade.

Neste diapasão, confira-se a lição de ZAFFARONI:

O tipo é gerado pelo interesse do legislador no ente que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que a ela agrega a tutela penal. (...)

Isto significa que a *conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa*.

Não obstante, não se deve pensar que, quando uma conduta se adequa formalmente a uma descrição típica, só por esta circunstância é penalmente típica. Que uma conduta seja típica não significa necessariamente que é antinormativa, isto é, que esteja *proibida* pela norma (pelo "não matarás", "não furtarás" etc.). O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado.

A *antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, mas requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico*. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a *tipicidade legal*, obriga a indagar sobre a antinormatividade, e apenas quando esta se comprova é que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se pode concluir pela *tipicidade penal* da conduta.

Tipicidade legal e tipicidade penal são a mesma coisa: a tipicidade penal pressupõe a legal, mas não a esgota; a tipicidade penal requer, além da tipicidade legal, a antinormatividade.

(...)

Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A *tipicidade conglobante* é um *corretivo da tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas (*Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, p. 456-459).

Lembre-se, neste diapasão, o entendimento jurisprudencial:

HABEAS-CORPUS.

- Crime contra a propriedade material não verificado.
- O Direito Penal não é a solução do contrato civil.
- Ordem concedida.

(HC 14.337/GO, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro FONTES DE ALENCAR, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2001, DJ 05/08/2002, p. 412)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DOLOSO. MÉDICO PLANTONISTA. SINDICÂNCIA. CRM. ATUAÇÃO MÉDICA LEGAL E TECNICAMENTE CORRETA. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA.

1. Não há falar em justa causa quando o comportamento imputado manifestamente mostra-se atípico. Diante dos princípios do Direito Penal, que o reconhecem como ultima ratio, esmaece a persecução penal diante de atuação médica reconhecida pelo Conselho Regional de Medicina, em sindicância requerida pelo Ministério Público Federal, como legal e tecnicamente correta. In casu, o Tribunal a quo reconheceu a atipicidade da ação dos demais corréus que, acatando a orientação do paciente, deixaram de realizar cateterismo, diante da precariedade do quadro clínico apresentado pela suposta vítima.

2. Ordem concedida para trancar a ação penal.

(HC 82742/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO DE ÁGUA VITIMANDO A COMPANHIA DE ABASTECIMENTO. RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. COLORIDO MERAMENTE CIVIL DOS FATOS. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. VIABILIDADE.

1. O Direito Penal deve ser encarado de acordo com a principiologia constitucional. Dentre os princípios constitucionais implícitos figura o da subsidiariedade, por meio do qual a intervenção penal somente é admissível quando os demais ramos do direito não conseguem bem equacionar os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conflitos sociais. In casu, tendo-se apurado, em verdade, apenas um ilícito de colorido meramente contratual, relativamente à distribuição da água, com o equacionamento da quaestio no plano civil, não se justifica a persecução penal.

2. Ordem concedida para trancar a ação penal n. 0268968-47.2010.8.19.0001, da 36.^a Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

(HC 197601/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011)

Desta forma, tendo em vista a lógica sistêmica, que situa o Direito Penal como incisiva e extraordinária medida de controle social, tem-se como injustificada a instauração do procedimento investigatório policial.

Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, concedo a ordem para trancar o inquérito policial federal 1403/2009-4 (2008.34.00.023870-0 - 12.^a Vara Federal de Brasília/DF), em relação ao paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 189.130 - DF (2010/0200912-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCO ANTONIO MENEGHETTI E OUTRO
ADVOGADO : MARÍLIA DE ALMEIDA MACIEL CABRAL
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE : E DE A M

VOTO

O SR. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS): Sra. Presidente, cumprimento o ilustre Advogado. A matéria, realmente, não é de todo dia.

Acompanho integralmente o muito bem lançado voto de V. Exa., acolhendo o parecer do Ministério Público e concedendo a ordem de *habeas corpus* para trancar o inquérito policial federal em relação ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0200912-4

HC 189.130 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200834000328700 200901000518584 499413620094010000

EM MESA

JULGADO: 14/02/2012
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCO ANTONIO MENEGHETTI E OUTRO
ADVOGADO : MARÍLIA DE ALMEIDA MACIEL CABRAL
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE : E DE A M

ASSUNTO: DIREITO PENAL

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). MAURÍCIO MARANHÃO DE OLIVEIRA, pela parte PACIENTE: E DE A M

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.