

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

ALBERTO ZACHARIAS TORON, brasileiro, casado, advogado inscrito na seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil sob o n. 65.371, com escritório na cidade de São Paulo (SP) na Av. Angélica, nº. 688, respeitosamente, vem à elevada presença de Vossa Excelência impetrar

HABEAS CORPUS

com pedido de liminar adiante explicitado em favor do Juiz de Direito **FERNANDO MIRANDA ROCHA**, brasileiro, casado, portador do registro profissional n. 210/TJ/MT, residente e domiciliado em Cuiabá (MT), na Av. Estados Unidos, 350, por estar sofrendo constrangimento ilegal da parte da colenda 6ª Turma do eg. Superior Tribunal de Justiça, a qual, ignorando os termos da Súmula 288 deste eg. STF e transpondo os limites constitucionais do recurso de natureza extraordinária, revolvendo provas, proveu Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Mato Grosso contra v. acórdão do TJMT que rejeitou denúncia oferecida contra o paciente (**Resp. n. 1.183.584**).

O impetrante arrima-se no disposto pelo artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e nos artigos 647 e 648, inciso I, do Código de Processo Penal, bem como nos motivos de fato e razões de direito adiante articulados.

Nesses termos, do processamento,

Pede deferimento.

São Paulo, 20 de outubro de 2.010.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

O.A.B./SP n.º 65.371

EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

COLENDIA TURMA:

DOUTO SUB-PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA:

Ementa do *habeas corpus*:

1. Denúncia oferecida contra o paciente, que é magistrado estadual, **rejeitada** pelo eg. TJMT. Recurso Especial do MP inadmitido na origem.
2. Agravo de Instrumento transformado em Recurso Especial sem que **peça essencial** (a denúncia) tivesse sido trasladada. **Ilegalidade no seu conhecimento. Súmula 288** do STF. Jurisprudência pacífica do STF e do STJ: “Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Ausência de peça obrigatória à formação do instrumento (art. 544, § 1o, CPC). Cópia da certidão de publicação da decisão agravada. 3. Ônus de fiscalização do agravante. Precedentes. 4. **Juntada Extemporânea. Desconsideração. Preclusão consumativa. Precedentes.** 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (**AgRg no AI nº 813660**, rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 1.10.10).
3. Denúncia estranhamente juntada apenas no STJ por um Desembargador vencido na votação do TJMT. “Sem que a parte agravante promova a integral formação do instrumento, com a apresentação de todas as peças que dele devem constar obrigatoriamente, torna-se inviável conhecer do recurso de agravo, cabendo enfatizar que **a composição do traslado deve processar-se, necessariamente, perante o Tribunal "a quo" e não, tardiamente, perante o Supremo Tribunal Federal (AgRg no AI nº 696125**, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 20.6.08).
4. Orientação firme e pacífica do STF no sentido de que: “Por expressa disposição constitucional, compete ao STJ, apreciar em Recurso Especial se a decisão recorrida afronta tratado ou lei federal em seu tríplice aspecto de negativa de vigência, interpretação divergente e conflito com lei ou ato de governo local (art. 105, II, CF.). **Não há ensejo para apreciação de matéria probatória constante do processo**” (HC n. 76.681-9-DE, rel. Min. NELSON JOBIM, DJ 20/4/01). Idem: HC n. 83.804, rel. Min. CEZAR PELUZO e HC n. 91.071, rel. Min. EROS GRAU.
5. Acórdão do STJ que, contra o parecer da PGR, a pretexto de valorar provas, revolve-as e dá provimento ao Recurso Especial ministerial para determinar o recebimento de denúncia rejeitada pelo TJMT.

6. Inviabilidade do argumento segundo o qual “*Mostra-se precipitada a decisão que arquivou a investigação em seu nascedouro, pois os elementos indiciários, prima facie, amoldam-se ao tipo penal indicado na denúncia, revelando-se cabível a persecução penal*” (**Resp. n. 1.183.584**, rel. Min. OG FERNANDES).
7. Ação penal não pode ser promessa de apuração do crime (**Inq. n. 2.033/DF**, voto do Min. CEZAR PELUZO).
8. Pedido de liminar unicamente para sobrestar o andamento da ação penal até o julgamento deste *writ*.

a. Violação à Súmula 288 do STF:

1. O paciente foi denunciado pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso pela suposta prática do crime de corrupção (art. 317, §1º, do CP). Segundo a inicial acusatória, violando regras de competência judiciária, teria, ao conceder Alvará para a permuta de bens, prolatado decisão desfavorável aos interesses de um menor. Além do mais, aponta-se que o paciente estaria impedido, uma vez que sua esposa seria advogada na causa (doc. 1).

2. O eg. Tribunal de Justiça do Mato Grosso, em sessão Plenária, por maioria de votos, houve por bem, após analisar e discutir as provas dos autos, **rejeitar** a denúncia em acórdão assim ementado:

“AÇÃO PENAL - CORRUPÇÃO PASSIVA – JUIZ DE DIREITO - PERMUTA DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE DE MENOR - CONCORDÂNCIA DO REPRESENTANTE MINISTERIAL - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO DO MENOR E DE VANTAGEM DO DENUNCIADO -TIPICIDADE NÃO CONFIGURADA -DENÚNCIA REJEITADA -MAIORIA.

Não configura corrupção passiva o despacho do Juiz da Infância e Adolescência, o qual autoriza a permuta de bens do menor devidamente representado por genitor e assistido por Curador de Menores, por desconfiguração da tipicidade, elemento básico para a caracterização do

crime, sendo imperativa a rejeição da denúncia” (doc. 2).

3. Inconformado com a v. decisão colegiada, o prestigioso Ministério Público do Mato Grosso interpôs **Recurso Especial** sob o argumento de que teria sido negada vigência ao disposto no art. 43, I, do Código de Processo Penal (doc. 3). Este, no entanto, veio a ser **inadmitido** por força do r. despacho proferido pelo então Vice-Presidente daquela eg. Corte, Des. RUBENS DE OLIVEIRA SANTOS FILHO, o qual, na essência, disse:

“Nestes autos, a **verificação da suposta afronta ao artigo 43, inciso I, do Código de Processo Penal, envolve reexame do conjunto fático-probatório**, visto que se busca demonstrar que o acontecimento descrito na denúncia configura crime, enquanto o acórdão hostilizado consignou que a acusação ali narrada é atípica (grifei).

Para ilustrar, **mutatis mutandis**:

“Crime de responsabilidade (prefeito). Atipicidade (reconhecimento), Impugnação (recurso especial). Reexame dos fatos (impossibilidade), Súmula 7 (incidência). Omissão no acórdão (não-ocorrência). Agravo regimental improvido” (AgRg no Ag nº 681840/PR, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 01.10.2007, p. 372).

“PROCESSUAL PENAL. PREFEITO. CRIME DE RESPONSABILIDADE, ART, 1º, I, DO DECRETO-LEI nº 201/67. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA AB INITIO PEL TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AFERIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7-STJ.

1 - Aferir se há, no caso concreto, aprofundado exame de provas, para concluir se resta violado ou não o art. 6º, da Lei nº 8.038/90 e reformar o acórdão recorrido para dar, em consequência, prosseguimento à ação, é tarefa que demanda incursão na seara fático-probatória, não condizente com a via especial, a teor do verbete sumular nº 7-STJ.

2 – Recurso não conhecido”. (REsp 316.162/PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 10.09.2002, DJ 30.09.2002, p. 296).

Evidentemente tais questões não podem ser aferidas pela simples revisão do conteúdo do aresto impugnado, em que se afirmou exatamente o contrário, mas sua análise demandaria reapreciação de fatos e provas, o que é vedado nesta via (Súmula nº 07/STJ).(grifei).

Posto isso, **nego seguimento** ao Recurso” (doc. 4).

8. Contra tal decisão houve a interposição de Agravo de Instrumento (doc. 5), o qual, na data de **04 de março** de 2010, com fundamento no disposto pelo art. 544, §3º, do CPC, foi convertido em Recurso Especial (doc. 6). Ocorre, entretanto, que o Instrumento não estava completo. Faltava-lhe peça essencial, qual seja, a denúncia oferecida contra o paciente. Sim, **faltava exatamente a peça sobre a qual recaia toda a controvérsia recursal**. Lembremo-nos que o Resp. ministerial questionava exatamente a negativa de vigência ao disposto no art. 43, I, do CPP. Tanto é assim, que o em. Relator, Min. OG FERNANDES, de forma transparente, determinou, em despacho lavrado apenas em **19 de março**, a juntada da “*peça acusatória*” e com ela nova vista ao Ministério Público Federal (doc. 06). E, pasme, a juntada da denúncia seria feita não pelo órgão Recorrente, mas por um il. Desembargador que havia sido vencido na votação no TJMT (cf. doc. 06). **Insólito**.

8.1. Sim, insólito porque o mesmo em. Relator, Min. OG FERNANDES, na linha de inúmeros precedentes do STJ, tem decidido:

“A regular formação do instrumento é ônus exclusivo do agravante, que deve zelar pela fiscalização e pelo correto processamento do agravo, instruindo-o com cópias íntegras das peças elencadas no artigo 544, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil” (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.140.921, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 22.6.09) e, (b) que “a juntada posterior à interposição do agravo não supre a irregularidade, diante

da preclusão consumativa” (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.166.671, Rel. Min. Og Fernandes, DJ 9.11.09). A juntada posterior à interposição do agravo não supre a irregularidade, diante da preclusão consumativa” (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.166.671, rel. Min. Og Fernandes, DJ 9.11.09).

8.2. E, no ponto, em entendimento que se aplica integralmente à disciplina do Especial, não é diferente a jurisprudência deste col. Supremo Tribunal Federal ao tratar do Recurso Extraordinário que tem, como é sabido, a mesma natureza do primeiro. Assim v.g.,

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Ausência de peça obrigatória à formação do instrumento (art. 544, § 1o, CPC). Cópia da certidão de publicação da decisão agravada. 3. Ônus de fiscalização do agravante. Precedentes. 4. **Juntada Extemporânea. Desconsideração.** Preclusão consumativa. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AI nº 813660, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 1.10.10).

“A lei exige o traslado das peças que tem como obrigatórias para a formação do instrumento, cabendo, pois, ao agravante comprovar a falta de uma delas com certidão de sua ausência nos autos originais. **As peças de traslado obrigatório devem estar presentes no momento da interposição do agravo, não suprimindo tal deficiência sua juntada posterior**” (AgRg no AI nº 734933, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 8.10.10).

“O agravo de instrumento deve ser instruído com as peças obrigatórias e também com as necessárias ao exato conhecimento das questões discutidas. II - É dever processual da parte zelar pela correta formação do instrumento, não sendo possível sanar o vício com a juntada posterior de documento. Precedentes. (AgRg no AI nº 793954, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJ10.9.10).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. **MATÉRIA CRIMINAL. TRASLADO DEFICIENTE. PEÇA ESSENCIAL. AUSÊNCIA.** 1.

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. Falta ao traslado peça obrigatória à formação do instrumento. 3. É encargo do recorrente fiscalizar a inteireza do traslado. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido. (ED no AI nº 761747, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 3.9.10).

*“Incumbe à parte agravante a correta formação do instrumento, por cuja deficiência responde, **não se permitindo sua complementação após a subida dos autos ao Supremo Tribunal Federal** (AgRg no AI nº 762384, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ 17.9.10).*

EMENTA: RECURSO. Agravo de instrumento. Inadmissibilidade. Peça obrigatória. Falta. Não conhecimento. Agravo regimental improvido. **Aplicação da súmula 288.** É ônus da parte agravante promover a integral e oportuna formação do instrumento, sendo vedada posterior complementação. (AgRg no AI nº 773083, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ 13.8.10)

É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que cabe ao agravante o ônus exclusivo de fiscalizar a formação do instrumento com o completo traslado das peças. **A oportunidade para instruir o recurso é a de sua interposição.** (AgRg no AI nº 660676, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJ 7.5.10).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORMAÇÃO - PROCESSO ELEITORAL. Incumbe ao agravante, uma vez intimado, arcar com os ônus relativos ao traslado de peças, **descabendo admitir a complementação do instrumento em fase posterior.** (AgRg no AI nº 570977, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 22.6.07).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. **CRIMINAL.** AUSÊNCIA DE CÓPIA DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRASLADO DEFICIENTE. 1. A observância do disposto no parágrafo primeiro do artigo 543 do Código de Processo Civil não pode ser

dissociada da previsão legal do seu caput, que prevê primeiramente a remessa do processo ao Superior Tribunal de Justiça somente na hipótese em que ambos os recursos foram admitidos pelo Presidente do Tribunal a quo. 2. Ausência da cópia da decisão que não admitiu o recurso extraordinário. **Tratando-se de peça essencial à compreensão da controvérsia, aqui incide a Súmula n. 288 do STF. Agravo regimental a que se nega provimento.** (AgRg no AI nº 768947, Rel. Min. EROS GRAU DJ 18.12.09).

9. Ora, a r. decisão que transformou o Agravo de Instrumento em Recurso Especial, quando lhe faltava peça essencial, é, *data venia*, ilegal e fere de morte a garantia do **devido processo legal**. Não é possível que a consolidada jurisprudência restritiva valha apenas contra os recursos interpostos por réus e, em se tratando de recurso ministerial, se possa admitir sua preterição, contra o réu e em franco desalinho com o verbete da **Súmula 288** condensado de forma tão clara, *verbis*:

“NEGA-SE PROVIMENTO A AGRAVO PARA SUBIDA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUANDO FALTAR NO TRASLADO O DESPACHO AGRAVADO, A DECISÃO RECORRIDA, A PETIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO OU QUALQUER PEÇA ESSENCIAL À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA”.

10. Por fim, nem se diga que a denúncia era peça desnecessária à compreensão da controvérsia, pois, se assim fosse, ter-se-ia que explicar por que se determinou a sua juntada? E, ainda, por que se deu nova vista ao MPF? Nessa conformidade, aguarda-se a concessão da ordem para que seja cassado o v. acórdão que proveu o Recurso Especial do MP de Mato Grosso.

b. Violação aos limites constitucionais do Recurso Especial:

11. Superada que possa ser a questão precedente, houve na espécie violação aos limites constitucionais do Recurso Especial que, tendo natureza extraordinária, não comporta o revolvimento de

provas como veio a fazer o v. acórdão hostilizado. E, para se perceber a necessidade de se revolver provas, basta ver que o voto-condutor do v. acórdão oriundo do TJMT, da lavra do em. Des. JOSÉ JURANDIR DE LIMA, embora conciso, é certo, na essência em dizer que ***“NÃO HÁ QUALQUER PROVA acerca de possível vantagem ilícita obtida pelo denunciado”*** (doc. 2). Nos seus termos:

Anoto, ainda, que o despacho autorizativo da permuta teve por base a concordância do representante do Ministério Público, no caso, Curador de Menores, o que, somada à ausência de qualquer prova acerca de possível vantagem ilícita obtida pelo denunciado afasta de vez a presença do elemento primordial para a configuração do crime, que é a TIPICIDADE.

Ora, ausente esta, não há que se falar em infração penal, impondo, assim, a rejeição da denúncia.

Pelo exposto, **REJEITO a denúncia**, determinando o arquivamento do feito, com a devida vênia do eminente Relator (doc. 2).

11.1. Na sequência, pediu vista o em. Des. PAULO INÁCIO DIAS LESSA que trouxe substancioso voto, adiante analisado. Não obstante, o preclaro Des. A. BITAR FILHO também rejeitou a denúncia reafirmando: ***“NÃO CONSTATEI QUALQUER INDÍCIO DE VANTAGEM que pudesse ser aferida pelo denunciado, sendo essa, também, a conclusão dos procedimentos investigatórios que já ocorreram nos autos”*** (doc. 2). E S. Exa. averbou o seguinte:

“Ressalta-se que o representante do Ministério de Público, que é o curador de menores nesses casos, opinou favoravelmente pelo deferimento do pedido e assim sendo, implicitamente não vislumbrou desvantagens ou vícios no ato do denunciado (grifei).

Não vejo nenhuma tipificação penal que possa ser imputada ao denunciado, de forma que rejeito a denúncia” (doc. 2).

11.2. Após o adiamento provocado pelo pedido de vista, na sessão seguinte, o em. Des. PAULO INÁCIO DIAS LESSA, traz extenso e profundo voto no qual reafirma a **INEXISTÊNCIA DE PROVA**

quanto à prática da corrupção atribuída ao paciente. Antes, porém, embora invertendo a ordem de exposição do voto, S. Exa. espanca a idéia de que houvera **prejuízo ao menor**:

“...falou-se muito nos votos antecedentes do prejuízo causado ao menor em razão da permuta efetivada, uma vez que foi trocado um apartamento do Edifício América Garden por uma "tapera" no Bairro Shangri-la.

Mas tal assertiva toma-se totalmente inconsistente numa simples análise do laudo de avaliação de fls.1314 a 1331. Como se pode observar, a residência trocada pelo apartamento também fica localizada num bairro nobre (jardim Shagri-la), podendo-se observar pelas fotos juntadas que se trata de uma excelente moradia, avaliada às fls. 1317 em R\$220.000,00 (duzentos e vinte mil reais)” (doc. 2).

11.3. Ou seja, após a análise da prova, chegou-se à conclusão de que não houve prejuízo aos interesses do menor, coisa que a denúncia agitava para realçar a corrupção. Mas, no que toca à prova desta, após historiar os fatos, S. Exa. realçou:

Em que pese o entendimento Ministério Público, **há que se ponderar SE a conduta atribuída ao magistrado ficou devidamente demonstrada**, no sentido de ter ele solicitado ou recebido, direta ou indiretamente, qualquer vantagem devida (grifei).

11.4. Depois:

Analizando percucientemente os fatos, entendo como manifestou sua Excelência o zeloso promotor de justiça: o denunciado Fernando não cogitou dos princípios éticos que deveriam pautar-lhe a atuação. Pode-se sim afirmar que sua atitude foi antiética e imoral, incorreu em grave infração disciplinar e sua conduta foi altamente reprovável, sendo punido administrativamente por tais fatos.

Entretanto, para que se tipifique o crime de corrupção de que trata o artigo 317 do CP deve a vantagem ser indevida, isto é, não autorizada por lei. No

caso dos autos a vantagem de que se fala são os honorários advocatícios pagos à co-denunciada Elizabete pelos serviços prestados. **Os honorários advocatícios são autorizados por lei e, por isso, não se pode tê-los como indevidos.**

Assim, a vantagem indevida deve estar expressamente evidenciada na denúncia, sem o que se trata de fato atípico por não estarem reunidos todos os elementos do tipo.

Neste sentido, em que pese o bom trabalho desenvolvido pelo agente ministerial, **entendo que seus argumentos não lograram demonstrar todos os elementos necessários para sustentar a denúncia.**

Na verdade, numa melhor interpretação dos fatos, pelo que se encontra noticiado nos autos, o que se verifica é que o acusado Fernando agiu inconseqüentemente, para atender pedido de sua esposa Elizabete na tentativa de auxiliá-la a receber seus honorários advocatícios, incorrendo no chamado delito de Corrupção Privilegiada previsto no § 2º do artigo 317 que diz:

*"Se o funcionário pratica, deixa de praticar. ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:
"Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa"*

Motivo impelente, neste caso, é o interesse de satisfazer pedido de amigos ou de corresponder a desejo de pessoa prestigiosa ou aliciante. Aqui o intraneus se deixa corromper por influência, isto é, trai o seu dever funcional para ser agradável ou por bajulação aos poderosos que o solicitam, ou por se deixar seduzir pela "voz da sereia" do interesse alheio.

Entretanto, referido delito encontra-se acobertado pela prescrição nos termos do artigo 109, V, do CP, já que os fatos ocorreram no início do ano de 2001, ou seja, há mais de (06) seis anos. (...)

Por todo o exposto, **com a devida vênia do eminente Relator, voto pela**

rejeição da denúncia com fulcro no artigo 43, inciso I, do CPP (doc. 2).

11.5. Na sequência, após alguns eminentes proferirem seus votos pela rejeição da denúncia e outros retificarem os seus, também para rejeitá-la, pediu vista o il. Des. JOSÉ FERREIRA LEITE. Em seu douto voto, S. Exa. reafirma o ponto de vista do em. Des. PAULO INÁCIO DIAS LESSA para quem, repita-se:

“É preciso que fique bem demonstrado que a vantagem obtida pelo agente da corrupção passiva seja comprovadamente, indevida. Na questão em tela a vantagem obtida indiretamente pelo denunciado Fernando em razão do pagamento de honorários advocatícios à sua esposa e co-denunciada Elizabete pelos serviços prestados como advogada, mesmo que atuando esta de maneira antiética e imoral, era devida. Isto porque os honorários são previstos por lei e a co-denunciada Alcione tinha, sim, obrigação de pagá-los à co-denunciada Elizabeth pelos serviços que ela prestou” (doc. 2).

11.6. Depois, S. Exa. reconsidera seu posicionamento anterior (voto de recebimento da denúncia) para rejeitá-la. Em síntese, averbou:

“A controvérsia formada, como se vê, reside na análise dos fatos narrados, buscando-se o enquadramento no tipo penal, verificando se o fato noticiado constitui crime, ou seja, se está caracterizado em um fato ilícito. No caso em tela, as condutas descritas na denúncia se amoldam no tipo previsto no artigo 317 do Código Penal (corrupção passiva) que, por oportuno passo a transcrever *-verbis*:

"Artigo 317 -Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes, de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. " (grifo nosso).

Por primeiro, convém esclarecer que por vantagem indevida entende-se:

qualquer lucro, ganho, privilégio ou benefício ilícito, ou seja, contrário ao direito. Nesta quadra, tenho para mim, que a vantagem percebida pela profissional do direito, pelos honorários prestados, não pode ser interpretada como indevida diante do conceito da expressão acima definido. Conforme já muito bem defendido pelo Exmo. Sr. Desembargador Paulo Inácio Dias Lessa, os honorários advocatícios são devidos ao operador do direito quando no exercício de sua profissão.

Em segundo lugar, há que se consignar que sobre o Poder Judiciário recai a difícil missão de analisar com minúcias os fatos narrados na denúncia, verificando se o fato descrito se amolda no tipo legal. Se o fato é atípico, não se constituindo infração penal, conforme descrito na denúncia, por falta de uma elementar do tipo, qual seja, vantagem indevida, o melhor caminho a ser trilhado, segundo penso, é o da rejeição da denúncia, com fundamento no Artigo 43 Código de Processo Penal - CPP.

Nesse sentido, as lições de Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

"Somente há possibilidade de se permitir o ajuizamento da ação penal, inicialmente, produzindo-se prova ao longo da instrução, caso o pedido seja juridicamente viável, significa dizer, nos termos do artigo 43, I, do Código de Processo Penal, seja o fato, em tese, considerado crime. Havendo demonstração de que não é infração penal, logo, desrespeitado está o princípio da legalidade, sendo impossível o pedido feito. (Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, 3ª ed. ver, atual. Ampl. São Paulo: RT; 2004, p. 148)

Em complementação, é sabido da existência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na qual consta o princípio da legalidade do Direito Penal e do Direito Processual Penal que assim estabelece - *verbis*: *"Ninguém pode ser acusado, preso ou detida senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas prescritas."* (Artigo 7º, primeira parte)

No caso ora analisado, a denúncia ofertada pelo Ministério Público Estadual encontra sustentáculo no tipo previsto no Artigo 317 do Código Penal (corrupção passiva), consistente no fato de recebimento de vantagem indevida, mediante violação de dever funcional, contudo, não ficou demonstrado que a vantagem obtida pelo agente da corrupção, quer de forma

indireta, fosse indevida, situação que se caracteriza como fato atípico, por falta de uma elementar normativa (vantagem ilícita).

De consequência equivale a dizer que a conduta não se enquadra no tipo descrito, portanto, não podendo ser considerado crime, diante da atipicidade demonstrada. Nesse sentido, as lições do Fernando Capez que, com propriedade leciona – *verbis*:

"A tipicidade. é a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descrito constante na lei (tipo legal). Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que se ajuste a um tipo legal. Temos, pois, de um lado, uma conduta da vida real e, de outro, o tipo legal de crime constante na lei penal. A tipicidade consiste na correspondência entre ambos. "(Capez, Fernando. Curso de Direito Penal: volume 01: parte geral - 8a ed. tev. Atual, de acordo com as Leis ns. 10.741/2003, 10.763/2003, 10.826/2003 e 10.886/2004 - São Paulo: Saraiva - 2005).

No caso em questão, ao que tudo indica, vislumbra-se na espécie o delito previsto no parágrafo 2º do Artigo 317 do Código Penal (corrupção privilegiada) que como bem asseverou o Exmo. Sr. Desembargador Paulo Inácio Dias Lessa, tal crime já está atingido pelo instituto da prescrição, razão pela qual, no meu entender, a denúncia apresentada deve ser rejeitada.

Contudo, devo registrar que aqui não se está a desconhecer que a postura adotada pelo Magistrado deve merecer a reprovação de todos, sobretudo por se tratar de um magistrado experiente, com longos anos de dedicação na Justiça Estadual, o que o torna ainda mais preparado para lidar com situações como a dos autos, não se deixando seduzir por pleitos que venham a macular o regular exercício de tão nobre função, ao deixar de guardar observância a regra processual da livre distribuição dos feitos, estatuída no artigo 251 do Código de Processo Civil - CPC e na Consolidação das Normas da Corregedoria Geral da Justiça - CNGC (Cap. 03, Seção I; 3.1.1 e 3.1.2). Porém, também é verdadeiro que por este deslize o magistrado já foi punido administrativamente, perante o egrégio Conselho da Magistratura, conforme evidencia os próprios autos.

Assim sendo, com os fundamentos aqui demonstrados, com a devida vênia do

douto Relator, filio-me a divergência, acompanhando o voto prolatado pelo Exmo. Sr. Desembargador José Jurandir de Lima (10º Vogal), porém, o fazendo com os acréscimos trazidos pelo Exmo. Sr. Desembargador Paulo Inácio Dias Lessa (11º Vogal), pela rejeição da denúncia, com sustentáculo no que estabelece o artigo 43, incisos I e II, do Código de Processo Penal Brasileiro. – CPP” (doc. 2).

11.7. Como se pode perceber, **a análise da prova** é que levou à conclusão de que não havia a menor plausibilidade na acusação.

12. Não foi por acaso, como já destacado, que o em. Vice-Presidente do TJMT **inadmitiu** o Recurso especial interposto pelo MP (cf. doc. 4). Era visível o intuito de se rediscutir provas. Tanto assim, que a matéria mereceu da eg. Procuradoria Geral da República Parecer assim sumulado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REEXAME DE POVA. SÚMULA 07 DO STJ

- Em sede de recurso especial, não há campo para se revisar entendimento de segundo grau, assentado em prova, haja vista o disposto na Súmula 07 do STJ

- **Pelo não conhecimento do agravo** (doc. 7).

13. Com a conversão do Agravo de Instrumento em Recurso Especial (doc. 6) e a juntada da denúncia (doc. 1) sobreveio novo Parecer ministerial pelo **não conhecimento do apelo-raro**, da lavra, é bom esclarecer, de outro Subprocurador-Geral da República (doc. 8). Portanto, **dois ils. Representantes do Parquet federal manifestaram-se pelo não-conhecimento do Recurso Especial**. Este último, em manifestação mais detalhada, ementou sua manifestação assim:

“RECURSO ESPECIAL. Denúncia fundada nos arts. 317, § 1º e 333, parágrafo único, c/c o art. 29 do Código Penal. Acórdão do Tribunal de

Justiça/MT que rejeitou a denúncia em comento por atipicidade dos fatos imputados aos réus. Recurso especial denegado na origem. Agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Estadual. Parecer da Subprocuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do aludido recurso. Juntada de cópia da denúncia oferecida na espécie. Retomo dos autos à PGR para nova manifestação. Ausência de fato novo capaz de modificar o posicionamento já exarado nestes autos. Discussão acerca da configuração dos crimes de corrupção ativa e passiva na hipótese em exame. Descabimento. **PRETENSÃO QUE EXIGE O REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS SOBRE AS CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE OCORRERAM OS FATOS IMPUTADOS NA ESPÉCIE. SÚMULA STJ Nº 07. PRECEDENTES.** Parecer pela ratificação em todos os seus termos da manifestação de fls. 284” (grifei, doc. 8).

13.1. Após resumir a hipótese, sublinhou:

“É ver que cópia da denúncia colacionada às fls. 323/329 **NARRA FATOS QUE NÃO SÃO SUFICIENTES** para a configuração dos crimes imputados aos réus/recorridos na espécie na medida em que não restaram caracterizadas as condutas ilícitas tanto do acusado de corrupção ativa quanto daqueles acusados de corrupção passiva.

CUMPRE REGISTRAR QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO EXPRESSAMENTE ASSENTOU A FALTA DE PROVAS DA OBTENÇÃO OU DO OFERECIMENTO DE VANTAGEM ILÍCITA NA HIPÓTESE EM COMENTO - ressaltando a existência nos autos de manifestação favorável do representante do Ministério Público Estadual curador de menores no caso pela efetivação da permuta que deu origem ao processo respectivo por interesse de menor assistido ante a ausência de prejuízo a seu desfavor ou proveito indevido da outra parte.

De outra parte e a julgar da leitura dos termos da denúncia com cópia às fls. 323/329 de tal peça não se extraem senão indícios circunstanciais da apontada responsabilidade criminal que se relativizam inteiramente para os fins do art. 129, I da Constituição Federal ante a expressa manifestação do órgão ministerial Curador de Menores pela efetivação da permuta indicada como motivação do arguido delito face à declarada ausência de dano ao interesse

tutelado na espécie.

Não obstante isso é forçoso concluir que a discussão acerca da tipicidade dos fatos imputados aos réus/recorridos, in casu, implica em inafastável revolvimento do conjunto fático-probatório já amplamente apreciado pela instância ordinária – o que atrai a incidência da Súmula STJ nº 07 na esteira da jurisprudência pacífica dessa Colenda Corte como adiante se vê: (...). (doc. 8).

13.2. Em conclusão, após citar importantes precedentes da v. Corte Cidadã, opina pela ratificação do parecer anterior no sentido do **não-conhecimento** do apelo-raro ministerial.

14. Nada obstante os dois pronunciamentos da própria PGR, o v. acórdão da eg. 6ª Turma do col. STJ deu provimento ao Recurso Especial para desde logo recebê-la. O v. acórdão está assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. PRESENÇA DE ELEMENTOS INDICIÁRIOS. DEMONSTRAÇÃO DE POSSÍVEL PRÁTICA DE FATO TÍPICO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 709/STF. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA.

1. Mostra-se precipitada a decisão que arquivou a investigação em seu nascedouro, pois os elementos indiciários, prima facie, amoldam-se ao tipo penal indicado na denúncia, revelando-se cabível a persecução penal.

2. No caso, após a prolação de sentença na qual se julgou improcedente o pedido de expedição de alvará que buscava a permissão para permuta de imóvel de propriedade de um menor, houve o ajuizamento de nova ação, em comarca cujo titular de uma das varas do juízo de família era esposo da advogada do feito.

3. Apontam-se burlas às regras processuais de

distribuição dos feitos e de impedimento do julgador, além do recebimento de vantagem indevida, que teria beneficiado a advogada e seu esposo - juiz prolator da decisão supostamente desfavorável aos interesses do menor.

4. Diz o enunciado da Súmula nº 709 do STF: "salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela".

5. Recurso a que se dá provimento para receber a denúncia oferecida contra os ora recorridos" (doc. 9).

14.1. No seu interior, sem divergência, o d. voto-condutor explicita que *"ao contrário do que disse o nobre parecerista, a meu sentir, a questão não demanda revolvimento de provas, o que seria vedado na via eleita, por força do óbice trazido pela Súmula 7/STJ"*. Para S. Exa., a partir dos votos emanados do julgamento do TJMT que colacionou tem-se *"estampada a contrariedade à Norma Penal Adjetiva, sem necessidade de incursão no conjunto probatório"*.

14.2. Depois, no entanto, destacou:

"Enquanto o membro ministerial apontou a suposta prática da conduta prevista no § 1º do art. 317, no voto-vencedor se explicitou a "ausência de qualquer prova acerca da possível vantagem ilícita obtida pelo denunciado", concluindo serem atípicos os fatos".

15. Ora, quando se esperava a análise desta aparente contradição, o acórdão envereda para o campo do óbvio, isto é, da demonstração da gravidade da imputação da corrupção a magistrado, citando, inclusive, a lição do saudosíssimo professor HELENO FRAGOSO. Aí lança o seguinte:

"FAZENDO UMA ANÁLISE ACURADA DO CASO, entendo ser necessário o recebimento da peça acusatória".

15.1. A despeito da ressalva quanto à suposta não-emissão de juízo de valor sobre os fatos — *"mas tão somente a*

*determinar que eles sejam devidamente apurados” — o que se vê, é, sans phrase, o revolvimento das provas, numa, pesa dizê-lo, autêntica tomada de partido pela versão acusatória. Sim, as provas discutidas pelo TJMT e que o levou, ainda que por maioria, à rejeição da denúncia, são tomadas como fatos indicativamente certos, e, portanto, merecedores de apuração. Tanto que, no concernente aos honorários percebidos pela esposa do paciente, que é advogada das mais antigas e respeitadas do Mato Grosso, foi dito que era duvidosa “a forma por meio da qual esses valores foram auferidos seria, de acordo com os elementos até aqui colhidos, de **duvidosa licitude**” (grifei).*

16. Ora, com a devida *venia*, é exatamente o exame dessa “**duvidosa licitude**” que, no contexto da prova examinada, levou o eg. TJMT a rejeitar a denúncia. Só mesmo, apesar do discurso em contrário, com a reanálise e o revolvimento de provas, que se jurou não fazer em respeito à Súmula n. 07 do STJ, é que se torna possível tal afirmação. Tanto mais se revela a análise das provas quando se vê o negrito na citação de HUNGRIA, que aponta para a forma enrustida da corrupção que “**se disfarça sob a máscara de um contrato oneroso**”.

16.1. Sim, porque para o v. acórdão do TJMT o recebimento dos honorários, no contexto da prova, tal como ali discutida, foi lícito. Daí a afirmação peremptória do em. Des. JOSÉ JURANDIR DE LIMA dando conta de que “**NÃO HÁ QUALQUER PROVA acerca de possível vantagem ilícita obtida pelo denunciado**”. Idem o já citado pronunciamento do Des. A. BITAR FILHO, que também rejeitou a denúncia afirmando que “**NÃO CONSTATEI QUALQUER INDÍCIO DE VANTAGEM** que pudesse ser aferida pelo denunciado, sendo essa, também, a conclusão dos procedimentos investigatórios que já ocorreram nos autos”. Já o Des. PAULO INÁCIO, relativamente à questão dos honorários, disse: “Entretanto, para que se tipifique o crime de corrupção de que trata o artigo 317 do CP deve a vantagem ser indevida, isto é, não autorizada por lei. No caso dos autos a vantagem de que se fala são os honorários advocatícios pagos à co-

denunciada Elizabete pelos serviços prestados. Os honorários advocatícios são autorizados por lei e, por isso, não se pode tê-los como indevidos". Daí a precisa afirmação de que:

“Assim, a vantagem indevida deve estar expressamente evidenciada na denúncia, sem o que se trata de fato atípico por não estarem reunidos todos os elementos do tipo”.

16.2. Não foi diferente o entendimento do em. Des. JOSÉ FERREIRA LEITE para quem os honorários eram devidos e lícitos (cf. supra).

17. O que o v. acórdão do STJ faz, repita-se, é pressupor um embuste, que a prova discutida repeliu, para, a partir daí, atestar, ainda que em tese, a tipicidade que viabiliza a ação penal contra o paciente. Mas, tanto o acórdão abre espaço para a incerteza probatória do que afirma, que preconiza a “**investigação**” dos fatos na ação penal (cf. o n. 1 da ementa, doc. 9).

17.1. Ora, o fato é que já havia ocorrido a investigação pré-processual. Exatamente a que permitiu a discussão sobre a qual se pretendia empunhar a acusação. Contudo, como disse o em. Min. CEZAR PELUSO em memorável voto vencedor em caso relatado pelo preclaro Min. NELSON JOBIM:

*“Evidentemente, a ação penal não pode converter-se em inquérito, ou seja, em instrumento de promessa de apuração do caráter criminoso de ato cuja existência não se tem sequer indício. (STF – Pleno – **Inq. 2033/DF** – voto sobre a preliminar do eminente Min. CEZAR PELUZO- fls. 108 do acórdão – grifos nossos).*

18. Independentemente de se saber se a ação penal pode ter o caráter de um “instrumento de promessa de apuração do

caráter criminoso”, o fato, como bem advertiu o em. Min. MARCO AURÉLIO, é que o Recurso Especial, que tem natureza extraordinária e não inaugura uma terceira instância para discutir fatos e provas, não pode ser **barateado** (voto vencedor no **HC n. 96.859-7-RS**, do qual foi relatora a em. Ministra CÁRMEN LÚCIA; DJ 21/8/09).

18.1. De fato, como lembrado na ementa desta impetração, esta Excelsa Corte não cansa de proclamar:

“Por expressa disposição constitucional, compete ao STJ, apreciar em Recurso Especial se a decisão recorrida afronta tratado ou lei federal em seu tríplice aspecto de negativa de vigência, interpretação divergente e conflito com lei ou ato de governo local (art. 105, II, CF.). **Não há ensejo para apreciação de matéria probatória constante do processo**” (HC n. 76.681-9-DF, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20/4/01).

18.2. Mais recentemente, no **HC n. 83.804**, do qual foi relator o il. Min. CEZAR PELUZO, assentou-se:

“EMENTA: **AÇÃO PENAL. Homicídio doloso. Júri. Absolvição sumária. Pronúncia decretada pelo Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial. Inadmissibilidade. Reexame manifesto dos fatos e das provas. Motivação determinante. Constrangimento ilegal caracterizado. Habeas corpus conhecido e deferido. Precedente.** Deve conhecido e concedido pedido de habeas corpus, quando o Superior Tribunal de Justiça tenha dado provimento a recurso especial, para pronunciar o réu, mediante manifesta reapreciação dos elementos probatórios em que se baseou o acórdão impugnado” (DJ 1/7/05).

18.3. Na mesma linha, o Min. EROS GRAU ao relatar o **HC n. 91.071**, cuja ementa diz:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. PRONÚNCIA DECRETADA PELO STJ, EM RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. VEDAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte fixou-se no sentido de que "deve ser conhecido e concedido pedido de habeas corpus, quando o Superior Tribunal de Justiça tenha dado provimento a recurso especial, para pronunciar o réu, mediante manifesta reapreciação dos elementos probatórios em que se baseou o acórdão impugnado." [HC n. 83.804, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 1º.7.05]. 2. Havendo nos autos provas nos dois sentidos, da autoria e da não autoria, a reforma, pelo STJ, do acórdão do TJDF somente seria possível mediante o cotejo, ponderação e reexame do conjunto fático probatório, vedado pelas Súmulas 7/STJ e 279 desta Corte. Ordem deferida (DJ 28/5/2010).

19. Em suma, o v. acórdão hostilizado, da fina lavra do em. Min. OG FERNANDES, da col. 6ª Turma do eg. STJ, ao revolver as provas dos autos para assentar a interpretação acusatória como a mais plausível e viabilizadora da ação penal, não faz outra coisa se não infringir os limites constitucionais do Recurso Especial. Portanto, na exata medida dos precedentes acima citados, deve ser cassado para que se restabeleça a decisão da instância incumbida do acerto dos fatos que rejeitou a denúncia.

20. Decidindo dessa maneira, Vossas Excelências estarão, como é costumeiro, distribuindo a melhor

J U S T I Ç A!

DO PEDIDO LIMINAR:

21. O *fumus boni iuris* encontra-se na argumentação acima traduzida e nos inúmeros precedentes desta col. Corte. Já o *periculum in mora* é representado pelo fato de o paciente estar na iminência de ter o processo contra si movimentado sem justa causa. Isso representa indizível gravame não apenas a si em razão de sua dignidade, mas à própria condição de

juiz, uma vez que, infelizmente, de uns tempos a esta parte, certa imprensa caiu no gosto por atacar pessoas que ocupam cargos públicos ignorando a presunção de inocência, direito à honra e outras garantias inerentes à dignidade humana.

21.1. Como já decidiu o eminente Min.

CELSO DE MELLO:

“A medida liminar, no processo penal de habeas corpus, tem o caráter de providência cautelar. Desempenha importante função instrumental, pois destina-se a garantir – pela preservação cautelar da liberdade de locomoção física do indivíduo – a eficácia da decisão a ser ulteriormente proferida quando do julgamento definitivo do writ constitucional” (RTJ 147/962).

22. Assim, aguarda-se a concessão de medida liminar **apenas para que se sobreste a ação penal até o final julgamento deste habeas corpus** e, no mérito, a concessão da ordem determinando-se o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente como medida de

J U S T I Ç A !

São Paulo, 20 de outubro de 2.010.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

O.A.B./SP n.º 65.371