

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES DA 4ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

Os advogados **Luiz Rodrigo de Aguiar Barbuda Brocchi, Maria Claudia Napolitano de Oliveira Miranda Villano, Marcelo Napolitano de Oliveira, Isabella Corrêa de Lucena, Fabrício Moraes da Costa e Diego de Castro Rodrigues**, inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil sob os números 118.712, 123.050, 149.328, 189.661, 215.299 e 218.063, todos com escritório na Cidade do Rio de Janeiro, à Rua João Lira, 102, sala 201, Leblon, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, impetrar

***ORDEM DE HABEAS CORPUS, com pedido LIMINAR***

em favor de **MARCELLO PARANHOS DE OLIVEIRA MILLER**, brasileiro, divorciado, advogado inscrito na OAB/RJ sob o n. 212.141 e no CPF sob o n. 042.965.287-93, residente e domiciliado na Av. Alexandre Ferreira, 474, apto 402, Lagoa, Rio de Janeiro/RJ, CEP 22470-220, por estar sofrendo constrangimento ilegal promovido pelo r. Juízo da 15ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos da Ação Penal nº. 1011826-93.2018.4.01.3400, ratificou o recebimento da denúncia mesmo

diante de sua absoluta inépcia, uma vez que narra uma conduta evidentemente atípica do Paciente.

Os impetrantes arrimam-se no disposto no artigo 5º, LXVIII, da Constituição da República e nos artigos 647 e 648, VI, do Código de Processo Penal, bem como nos motivos de fato e de direito a seguir expostos.

Nestes termos,  
Pedem processamento e deferimento.

Rio de Janeiro, 18 de junho de 2019.

Maria Claudia Napolitano  
OAB/RJ 123.050

Luiz Rodrigo de Aguiar Barbuda Brocchi  
OAB/RJ 118.712

Marcelo Napolitano  
OAB/RJ 149.328

Isabella Corrêa de Lucena  
OAB/RJ 189.661

Fabício Moraes da Costa  
OAB/RJ 215.299

Diego de Castro Rodrigues  
OAB/RJ 218.063

Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região,

Colenda Turma,

Douta Procuradoria Regional da República.

### **I. Breve Histórico.**

O Paciente foi denunciado por corrupção passiva majorada porque, supostamente, quando ainda Procurador da República, teria aceitado, em fevereiro de 2017, promessa de vantagem de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) de Joesley Batista e Francisco de Assis para orientá-los juridicamente na interlocução com a PGR, com a qual estavam em curso tratativas tendentes à celebração de acordos de colaboração premiada e leniência com a empresa J&F Investimentos S/A e seus controladores e executivos<sup>1</sup>.

Segundo a denúncia, o Paciente "*serviu a dois senhores*", porque "*mantendo-se no cargo de Procurador da República (...) orientou a confecção de acordo de colaboração entre o MPF e seus 'clientes', em razão de promessa de pagamento ofertada pelos denunciados JOESLEY e FRANCISCO.*"

Ocorre que a narrativa ministerial não relata a prática de qualquer conduta criminosa, menos ainda algum ato a se enquadrar no tipo penal de corrupção passiva. **Em especial, não descreve mercancia da função pública**, elemento necessário à configuração do delito de corrupção passiva, que, diga-se, não aconteceu.

---

<sup>1</sup> Doc. 01 – Denúncia;

A denúncia sofre, portanto, da mais grave hipótese **de inépcia: narra fato que evidentemente não constitui crime!**

Embora tenha sido exaustivamente apontada em Resposta à Acusação<sup>2</sup> a inexistência de qualquer descrição de prática criminosa, o Juízo da 15ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, ora autoridade coatora, rejeitou a arguição de evidente atipicidade da conduta, mantendo o recebimento da inicial com conseqüente prosseguimento do feito<sup>3</sup>.

Como se extrai da decisão que confirma o recebimento da denúncia, o Juízo *a quo* se limita a invocar os mesmos fundamentos quando do recebimento da denúncia<sup>4</sup>, sem qualquer enfrentamento ao arguido pela defesa, que aponta a inépcia como mais do que evidente.

Dessa forma, a impetração do presente *habeas corpus* é medida necessária para fazer cessar o constrangimento ilegal que sofre o Paciente, que responde a uma ação penal cuja inicial não narra fato descrito em lei como crime.

## **II. Do cabimento.**

Importante esclarecer de forma peremptória que o presente remédio heroico **não pretende nem exige análise** ou confronto do **conjunto probatório** para seu conhecimento e deferimento, bastando somente a leitura das peças processuais que compõem o processo, sobretudo a denúncia e suas decisões de recebimento.

---

<sup>2</sup> Doc. 02 – Resposta à Acusação;

<sup>3</sup> Doc. 03 – Ratificação do recebimento da denúncia;

<sup>4</sup> Doc. 04 – Recebimento da denúncia;

A jurisprudência é cediça no sentido do cabimento de *habeas corpus* para o trancamento de ação penal "*quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.*"<sup>5</sup>

### **III. Da Inépcia da Denúncia.**

A denúncia traz a imputação de corrupção passiva majorada, art. 317, § 1º, do CP.

"Art. 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**".

A narrativa da inicial dá conta de que o Paciente "*serviu a dois senhores*", pois enquanto ainda ocupava o cargo de Procurador da República – mesmo que já com exoneração pedida, deferida, anunciada e no gozo de férias – supostamente "*orientou a confecção de acordo de colaboração entre o MPF e seus clientes*".

Em que pese à tentativa – malsucedida, diga-se desde já – de amoldar os fatos ao tipo penal imputado, a Acusação abandona uma

---

<sup>5</sup> STJ, RHC nº 97.515/RS. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 17/05/2018;

das premissas mais básicas de seu dever: **a exposição de um fato criminoso.**

Nesse sentido, para que haja a adequação típica ao delito de corrupção passiva, é necessário que o sujeito ativo do crime **venda sua função pública**, como leciona a mais abalizada doutrina:

*"É necessário que qualquer das condutas solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. **Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva (...).**"<sup>6</sup>*

*"**Exige-se, ainda, como pressuposto do delito em exame, que o ato em torno do qual é praticada a conduta incriminada seja da competência ou atribuição inerente à função exercida pelo funcionário público, já que a tipicidade cinge-se justamente ao tráfico da função.**"<sup>7</sup>*

Entretanto, a denúncia não descreve nenhuma conduta em que o Paciente teria negociado o exercício de sua função pública como Procurador da República. A **exordial acusatória não consegue imputar ao Defendente um único ato inerente à função pública ao descrever suas ações.**

Diz a denúncia:

---

<sup>6</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 111;

<sup>7</sup> PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito. – 4ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. pp. 901;

*“Em razão de sua função pública, (...) MILLER, ainda procurador e membro auxiliar dessa equipe, entabulou com os executivos da J&F, em conjunto com ESTHER FLESCHE, a promessa de recebimento de vantagem indevida para que os **orientasse, corrigisse e até mesmo produzisse a documentação que seria apresentada.**”*

*“Assim, muito embora tivesse se deslocado a Brasília no dia 23/02/2017, para anunciar ao Procurador-Geral da República que pretendia deixar a instituição, exerceu a função de procurador da República até o dia 05/04/2017, intervalo de tempo no qual **orientou** JOESLEY BATISTA, Wesley Batista, FRANCISCO DE ASSIS e Ricardo Saud a obter os benefícios da imunidade, ajudando a **redigir anexos, prestando aconselhamentos jurídicos e encontrando-se diversas vezes** com seus corruptores.”*

Não há como qualificar essas ações como integrantes da função pública de que o Paciente se despedia. Nenhuma delas se encaixa nas funções institucionais do Ministério Público, mesmo na mais ampliativa exegese.

**Tudo o que se descreve é o uso, em atividade privada, possivelmente qualificável como advocacia ou preparação de advocacia, de conhecimento técnico e experiência profissional do Paciente, aprofundados no exercício da função pública, mas não o uso espúrio, real ou potencial, da função pública em si.**

As tortuosas fórmulas linguísticas a que recorre a denúncia não conseguem esconder a confusão de conceitos: a experiência e o conhecimento adquiridos na função pública e seu alegado uso em âmbito que própria imputação reconhece como privado passam, na

narrativa, a constituir exercício da função pública. A construção é tão frágil que, em mais de um segmento, a denúncia trai a si mesma tentando vincular o conhecimento técnico ao exercício da função pública. Vejamos:

*"Em razão de sua função pública, **materializada pela prévia experiência e conhecimento dos meandros, critérios, entendimentos e formalidades adquiridos na sua atuação perante a Procuradoria Geral da República** e graças à convivência com os demais integrantes da Lava Jato (...)"*

*"Os **atos praticados guardavam íntima relação com a função pública que exercia, pois** negociou vários acordos de colaboração premiada pelo Grupo de Trabalho Lava Jato e **sabia quais os passos a serem seguidos para viabilizar os objetivos dos irmãos Batista.**"*

A denúncia descreve – quando muito – a prática, pelo Paciente, de atividade de advocacia privada. Não há como qualificar de outro modo ações consistentes em "manter encontros", "orientar", "aconselhar juridicamente" e "redigir anexos" em favor de particulares.

Para tentar caracterizar como mercancia de função pública a atividade privada praticada pelo Paciente, a denúncia opta por descrever o conhecimento, a experiência e os contatos profissionais do Paciente não como atributos adquiridos na função pública, mas como atributos inerentes à função pública, que obviamente não são.



A corrupção passiva de membro do Ministério Público pode dar-se mediante sinalização de contrapartidas, tais como *i)* promoção do arquivamento de um procedimento investigatório em que o particular seja sujeito passivo; *ii)* pedido de absolvição em feito de atribuição do *Parquet* em que o particular seja réu; *iii)* pedido de condenação de um desafeto ou concorrente em feito de atribuição do *Parquet*; *iv)* aceleração ou desaceleração na tramitação de feito ou procedimento em que o MP intervenha; *v)* condução com viés determinado de ato instrutório.

Os exemplos são inúmeros. Mas a todos há uma característica comum: **o pacto de corrupção terá por objeto a prática de um ato ou conjunto de atos que integram as funções institucionais do Ministério Público**.

Nessa esteira, a Acusação **não consegue** imputar ao Paciente nenhum ato situado no espectro de atuação de um membro do MPF. Prefere, então, imputar a ele **qualquer ato e alegar que se trata de ato inerente à função pública**, confundindo simultaneidade com inerência. Mas o fato de uma coisa acontecer simultaneamente à outra não significa que seja inerente à outra.

Afinal de contas, o que, **dentre suas já poentes atribuições como Procurador da República**, o Paciente teria prometido ou feito? A inicial não responde!

Mais grave do que não responder, **a inicial acaba por afirmar textualmente o não-uso da função pública pelo Paciente, admitindo, para todo efeito prático, a atipicidade das condutas que narra**. *Verbis*:

*"Em razão da função pública que ainda exercia, **MILLER não comparecia nas reuniões na PGR e na PRDF, limitando sua presença aos encontros internos** com JOESLEY BATISTA, FRANCISCO DE ASSIS, Wesley Batista, Ricardo Saud Saud (sic) e ESTHER FLESCH."*

**A denúncia simplesmente não imputa ao Paciente atuação por dentro do aparato estatal, sem a qual não há que se falar em mercancia da função pública.** Essa atuação não teria sido funcionalmente possível: o Paciente pediu exoneração da carreira em 23/02/2017, apenas aprazando-a para 5/04/2017 em razão de sua intenção de fruir parte das férias que acumulara e de submeter-se a cirurgia terapêutica, o que efetivamente ocorreu, e da própria necessidade de resolver pendências administrativas inerentes ao processamento da exoneração.

A hipótese de o Paciente – com exoneração pedida, em férias e, para todos os efeitos práticos, fora da Lava Jato havia alguns meses – tentar exercer ou fazer exercer, por meio da PGR, atribuições funcionais em favor de uma empresa privada era absurda demais, até mesmo para uma ação penal que queria muito acontecer.

A Suprema Corte já estabeleceu, com relação ao delito de corrupção, que:

***"Exige-se, para a configuração do delito, apenas o nexo causal entre a oferta (ou promessa) de vantagem indevida e a função pública exercida, sem que necessária a demonstração do mesmo nexo entre a oferta (ou promessa) e o ato de ofício***

*esperado, seja ele lícito ou ilícito. Ou seja, não é necessário estabelecer uma subsunção precisa entre um específico ato de ofício e as vantagens indevidas, mas sim **uma subsunção causal entre as atribuições do funcionário público e as vantagens indevidas**, passando este a atuar não mais em prol do interesse público, mas em favor de seus interesses pessoais.”<sup>8</sup> (grifou-se)*

No mesmo sentido é a clássica doutrina de Nelson Hungria<sup>9</sup>:

***“O ato ou abstenção a que a corrupção se refere deve ser da competência do intraneus, isto é, deve estar compreendido nas suas específicas atribuições funcionais, pois só neste caso pode deparar-se com um dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração. (...)”***

Corroborando tal entendimento, no recentíssimo julgamento da Ação Penal n. 1.003/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que **a configuração do crime de corrupção passiva exige contrapartida do funcionário público encartada em suas atribuições funcionais, exige ao menos a perspectiva de prática de ato de ofício.**

Confirmam-se os seguintes excertos do voto do relator, Min. EDSON FACHIN:

*“A configuração do delito pressupõe a solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida por parte de funcionário público, **mesmo que ainda não se encontre***

<sup>8</sup> AP 695, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/09/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-263 DIVULG 09-12-2016 PUBLIC 12-12-2016;

<sup>9</sup> HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, 2ª ed. Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959. pp. 371;

**investido na função, mas a utilize como o objeto da contraprestação a ser adimplida no negócio espúrio.** Nesse sentido, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal considera que a perfeita subsunção da conduta ao tipo penal exige a demonstração de que o favorecimento negociado pelo agente público encontra-se no rol das atribuições previstas para a função que exerce. Logo, ainda que o retardamento, a prática ou a omissão do ato de ofício em infração ao dever funcional seja previsto pelo legislador como uma causa de especial aumento de pena do crime de corrupção passiva, é imprescindível à configuração do ilícito que a vantagem indevida solicitada, recebida ou prometida e aceita pelo agente público **sirva como contraprestação à possibilidade de sua atuação viciada no espectro de atribuições da função pública que exerce ou venha a exercer.** Dessa forma, mesmo que o agente público tenha solicitado, recebido ou aceito promessa de vantagem indevida de terceiro, **caso a contraprestação negociada seja de adimplemento impossível, por se encontrar fora das atribuições da função pública que exerce ou venha a exercer,** não se terá por configurado o delito, em respeito ao postulado da legalidade estrita que, conforme afirmado, vige no Direito Penal pátrio, sem prejuízo de que tal conduta encontre adequada subsunção em outro tipo penal.”

O Min. CELSO DE MELLO, revisor, aponta, com a clareza que lhe é peculiar, a exigência não da prática de um ato de ofício, mas da perspectiva de um ato de ofício (grifos originais):

**“Para a integral realização da estrutura típica constante do art. 317, “caput”, do Código Penal, **é de rigor** a existência de uma relação **entre** a conduta do agente – que solicita, **ou** que recebe,**

*ou que aceita a promessa de vantagem indevida – e a prática, que até pode não ocorrer, de um ato determinado de seu ofício. **Torna-se imprescindível reconhecer**, portanto, **para o específico efeito** da configuração jurídica do delito de corrupção passiva tipificado no art. 317, “caput”, do Código Penal, a **necessária existência** de uma relação **entre** o fato imputado ao agente público **e** o desempenho concreto de ato de ofício pertencente à esfera de suas atribuições funcionais, o que se verifica **se** referido ato **ajustar-se** ao âmbito **tanto dos poderes de direito quanto dos poderes de fato exercitáveis pelo ‘intraeius’.**”*

Diferente não é o entendimento desse e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

***“Na corrupção passiva, o funcionário público corrupto se vende**, por aquilo que deveria fazer sem nada receber ou receber menos. Enfim, **há uma mercancia**. Recebe o agente a propina, que pode ser de logo dada ou prometida para o futuro, para fazer alguma coisa.”<sup>10</sup>*

O recurso ao direito comparado pode ser útil para esclarecer alguns dos conceitos ora ventilados. Como é assente na lição de Peter Häberle, o direito comparado constitui verdadeiro método de interpretação jurídica, posto, modernamente, ao lado dos quatro métodos clássicos de Savigny.

A compreensão do tipo penal da corrupção passiva na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial no que tange à exigência de contrapartida emanada da função pública,

---

<sup>10</sup> TRF-1, HC 0023973-96.2012.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.976 de 13/07/2012;

aproxima-se da redação que tem, no Código Penal alemão, o tipo penal correlato (*Bestechlichkeit*):

"§ 332

*Bestechlichkeit*

*(1) Ein Amtsträger, ein Europäischer Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Der Versuch ist strafbar.*

*(2) Ein Richter, Mitglied eines Gerichts der Europäischen Union oder Schiedsrichter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine richterliche Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine richterlichen Pflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.*

*(3) Falls der Täter den Vorteil als Gegenleistung für eine künftige Handlung fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, so sind die Absätze 1 und 2 schon dann anzuwenden, wenn er sich dem anderen gegenüber bereit gezeigt hat,*

- 1. bei der Handlung seine Pflichten zu verletzen oder,*
- 2. soweit die Handlung in seinem Ermessen steht, sich bei Ausübung des Ermessens durch den Vorteil beeinflussen zu lassen."*

"§ 332

*Corrupção passiva*

*Um agente público, agente público europeu ou pessoa especialmente obrigada ao serviço público que solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem para si ou para terceiro como contrapartida para praticar futuramente ou por ter praticado uma conduta inerente à função, por meio da qual viole ou tenha violado seus deveres funcionais, será punido com reclusão de seis meses a cinco anos. Nos casos menos graves a pena é de até três anos de reclusão ou multa. A tentativa é punível.*

*Um juiz, membro de corte da União Europeia ou árbitro que solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem para si ou para terceiro como contrapartida para praticar futuramente ou por ter praticado uma conduta inerente à jurisdição, por meio da qual viole ou tenha violado seus deveres judiciais, será punido com reclusão de um a dez anos. Nos casos menos graves a pena é de seis meses a cinco anos de reclusão.*

*Caso o autor solicite, receba ou aceite promessa de vantagem como contrapartida a conduta futura, os parágrafos 1 e 2 serão desde logo aplicáveis se ele já tiver mostrado à contraparte:*

- 1. a violação de seus deveres mediante a conduta, ou*
- 2. deixar-se influenciar pela vantagem no desempenho de suas competências, desde que a conduta esteja entre elas.” (tradução livre)*

O tipo penal alemão é mais claro que o brasileiro, embora ambos queiram dizer essencialmente a mesma coisa e protejam o mesmo bem jurídico. A maior clareza do tipo penal alemão provém do fato de que nele estão expressos dois elementos-chave que entre nós exigem elaboração doutrinária e jurisprudencial: a *Gegenleistung*, que é a contrapartida, e a *Diensthandlung*, cuja tradução mais próxima é 'conduta inerente à função'. Quando usa a expressão *'em razão da*

*função pública'*, o tipo penal brasileiro busca, de forma mais sintética, abarcar a correlação entre esses dois conceitos: a ideia de contrapartida por uma conduta inerente à função.

A questão central do presente caso é justamente o fato evidente de que nenhuma conduta do Paciente se amolda à ideia de conduta inerente à função, ou *Diensthandlung*. Confira-se a definição respectiva na obra de Wilfried Küper<sup>11</sup>, Professor de Direito Penal da Universidade de Heidelberg:

*"Diensthandlung" ist eine wenigstens in Umrissen bestimmte Tätigkeit, die in den Bereich der dienstlichen Obliegenheiten des Amtsträgers fällt und in amtlicher Eigenschaft vorgenommen wird."*

*"Conduta inerente à função" é uma atividade ao menos de contornos externos definidos, que recai no perímetro das obrigações de serviço do agente público e é empreendida como atributo da função." (livre tradução)*

Constitui impossibilidade jurídica completa e evidente qualificar como conduta inerente à função e apta a atrair o elemento típico '*em razão da função pública'* uma atividade privada cujos contornos não remetem a nenhuma vertente do exercício do Ministério Público. Nada do que a denúncia diz que o Paciente fez se encarta no exercício de quaisquer atribuições de um membro do MP.

E mais: a própria denúncia admite e narra que a fatura de R\$ 700.000,00 a que se refere como instrumento de suposta aceitação

---

<sup>11</sup> Strafrecht Besonder Teil, Definitionen mit Erläuterungen. C.F. Müller Verlag Heidelberg. 2008, ISBN 978-3-8114-9315-5;



de vantagem indevida **tem respaldo em trabalho de advogado do Paciente:**

"(...)

(iii) em março de 2017, Esther Flesch encaminhou ao grupo de e-mails de sócios majoritários do **TRW** comunicação dando ciência de que este escritório **havia sido contratado pelo grupo JBS para realizar trabalho de assessoria numa investigação corporativa independente;**

(iv) em 08 de maio de 2017, Esther Flesch deu instruções a Maurício Novaes, administrador executivo do TRW, para faturar ao cliente J&F as **horas trabalhadas pelos advogados do grupo, incluindo as de Marcello Miller; entre as horas estavam contabilizadas as referentes aos meses de março e abril.**

(v) diante disso, em 17 de maio de 2017, **é encaminhada ao grupo J&F uma fatura relativa aos serviços prestados por Marcello Miller no valor de R\$ 700.000,00 a título de "retainer".**

(...)

Ainda na referida fatura (que não contou com a descrição das horas por advogado – que, segundo o TRW, normalmente acompanha as faturas, **foram cobradas da J&F as horas trabalhadas por MARCELO MILLER** de modo consolidado, somando-se o valor correspondente às horas por ele trabalhadas relativas aos meses de março, abril e maio de 2017.”

**Não há dúvida de que a remuneração em questão não constituiria, em nenhuma dimensão, mercancia de atos inerentes à função de Procurador da República.** Representaria contraprestação a trabalho privado.

Mesmo o tipo penal da *Vorteilsannahme*, ou Recebimento de Vantagem, com redação resultante da “Lei de Combate à Corrupção”, de 1997, em que a vantagem é aceita pelo agente público em razão do exercício de suas funções consideradas em seu conjunto (*Dienstausübung*), e não da prática de conduta funcional determinada (*Diensthandlung*), ainda tem sua estrutura típica claramente vinculada ao exercício funcional, isto é, à movimentação do plexo das atribuições do agente público por dentro do aparato estatal. Confira-se:

*“§ 331 Vorteilsannahme*

*(1) Ein Amtsträger, ein Europäischer Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der für die Dienstausübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

*(2) Ein Richter, Mitglied eines Gerichts der Europäischen Union oder Schiedsrichter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine richterliche Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehme, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Der Versuch ist strafbar.*

*i) Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn der Täter einen nicht von ihm geforderten Vorteil sich versprechen läßt oder annimmt und die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse entweder die Annahme vorher genehmigt hat oder der Täter unverzüglich bei ihr Anzeige erstattet und sie die Annahme genehmigt.”*

*“§ 331 Recebimento de Vantagem*

*(1) Um agente público, agente público europeu ou pessoa especialmente obrigada ao serviço público que solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem para si ou para terceiro pelo exercício de suas funções será punido com reclusão de até três anos de reclusão ou multa.*

*(2) Um juiz, membro de corte da União Europeia ou árbitro que solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem para si ou para terceiro como contrapartida para praticar futuramente ou por ter praticado uma conduta inerente à jurisdição por meio da qual viole ou tenha violado seus deveres judiciais será punido com reclusão de até cinco anos ou multa. A tentativa é punível.*

*(3) O fato não é punível de acordo com o parágrafo 1 se o autor recebe ou aceita promessa de uma vantagem por ele não solicitada, e a autoridade competente, nos limites de seus poderes, tiver previamente autorizado o recebimento, ou o autor lhe der ciência imediata, e ela autorizar o recebimento.” (livre tradução)*

A doutrina alemã explica que a finalidade da alteração do tipo penal e, especificamente, da tipificação do recebimento de vantagem em correlação com o exercício das funções amplamente considerado (*Dienstausübung*) consistiu em abarcar situações em que a vantagem não tem correlação com uma conduta específica do agente público, mas apenas com a forma como ele exerce o cargo, ou quando revela compra de sua vontade. Confirma-se mais uma vez a lição de Wilfried Küper (pg. 436; sublinhados acrescentados):

*“Durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13./20.8.1997 (dazu näher König, JR 1997, 397 ff; Korte, NJW, 2556 ff), sind die Bestechungstatbestände neu gefasst worden. Dabei hat der Gesetzgeber auch die Formulierung des “Beziehungsverhältnisses” zwischen Vorteil und dienstlicher*

*Tätigkeit, die sog. "Unrechtsvereinbarung", z.T. geändert. In § 331 StGB (Vorteilsannahme) und § 333 I StGB (Vorteilsgewährung) wird nicht mehr verlangt, dass sich die Unrechtsvereinbarung – wie nach bisheringem Recht – im strengen Sinn auf einen Vorteil "als Gegenleistung für eine Diensthandlung" bezieht. Es genügt vielmehr ein "für die Dienstausbübung" (allgemein) geforderter, versprochener usw. Vorteil. Der Grund für diese sog. "Lockerung" des Beziehungsverhältnisses war folgender: Nach bisheriger Rechtsprechung (vgl. namentlich BGHSt 32, 290 f; 39, 46, [48] oben zitiert) reichte für eine genügend "konkrete" Unrechtsvereinbarung zwar das Einverständnis aus, "dass der Amtsträger innerhalb eines bestimmten Aufgabenbereichs nach einer gewissen Richtung hin tätig werden soll". Es genügte aber nicht, wenn die Zuwendung lediglich "mit Rücksicht auf die Dienststellung oder aus Anlass/bei Gelegenheit einer Amtshandlung" oder z. B. ausschliesslich "für die Art und Weise der Diensthandlung" geleistet wurde. Auch schieden die Fälle aus, in denen mit dem Vorteil nur "allgemeines Wohlwollen" des Amtsträgers erkaufte werden sollte. (...) Mit der erweiternden "Auflockerung" der Unrechtsvereinbarung in §§ 331 I, 333 I StGB n.F. soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers (BT-Drucks. 13/8079, S. 15) "klargestellt" werden, dass einerseits weiterhin eine Beziehung zwischen der Zuwendung und den Diensthandlungen des Amtsträgers bestehen muss, aber eine hinreichend bestimmte Diensthandlung als Gegenstand des Beziehungsverhältnisses nicht vorzuliegen braucht; näher dazu Schönemann, Otto-FS, 2007, S. 787 ff (...)"*

*"Por meio da Lei de Combate à Corrupção de 13-20/08/1997 (sobre o ponto, com mais especificidade König, JR 1997, 397 ff; Korte, NJW, 2556 ff) os tipos penais de corrupção foram reformulados. O*

*legislador, por meio dela, também alterou em parte a formulação da "natureza da relação" entre vantagem e atividade funcional, a chamado "pacto ilícito". No § 331 I do CP (Recebimento de Vantagem) e no § 331 I do CP (Concessão de Vantagem) não se exige mais – como antes ocorria – que o pacto ilícito se refira estritamente a uma vantagem "como contrapartida por uma conduta funcional". Agora basta uma vantagem pedida, prometida ou aceita pelo exercício (geral) da função. O fundamento para o assim chamado "relaxamento" da natureza da relação foi o seguinte: na jurisprudência anterior (cf. especificamente BGHSt 32, 290 f; 39, 46, [48] acima citado), exigia-se para um pacto ilícito suficientemente concreto a compreensão "de que o agente público agisse, dentro de uma determinada esfera de atuação, em uma direção certa." Não bastava, contudo, quando a vantagem era dada simplesmente "tendo em vista o cargo público ou sem vinculação ou relação de oportunidade com uma conduta oficial" ou, por exemplo, exclusivamente "pelo modo de ser da conduta funcional." Também ficavam de fora os casos em que com a vantagem apenas se compraria a "boa vontade geral" do agente público. (...) Com o esperado "relaxamento" do pacto ilícito nos §§ 331 I, 333 I do CP em sua nova redação, fica "esclarecido", segundo a concepção do legislador (BT-Drucks. 13/8079, S. 15), que, por um lado, continua a ter de haver uma relação entre a vantagem e as condutas funcionais do agente público, mas uma conduta funcional suficientemente específica como objeto da relação não precisa haver; sobre o ponto, com mais especificidade Schünemann, Otto-FS, 2007, S. 787 ff (...) (livre tradução)*

O arsenal conceitual do Direito Penal alemão auxilia na compreensão da questão jurídica em exame: **o pacto de corrupção tem de ter por objeto, de parte do corruptor, a esfera**

**funcional, o agir estatal, do agente público.** Se o agente público entra em relação de fundo econômico com o particular, mas essa relação não tem por objeto essa esfera funcional, esse agir estatal, o bem jurídico protegido – que o BGH (*Bundesgerichtshof*, congênere do Eg. STJ) conceitua, com grande precisão, como a confiança da comunidade na probidade e na não-vendabilidade nos negócios oficiais (*Vertrauen der Allgemeinheit in die Sachgerechtigkeit und die Nichtkäuflichkeit dienstlichen Handelns*) – não tem como ser atingido.

A denúncia, repita-se, **não imputa ao Paciente nem mesmo a sinalização de algum agir estatal**, alguma atuação na estrutura de funções e atribuições do MPF; ela não diz – porque não consegue – que o MPF tentou, fez ou deixou de fazer alguma coisa em razão da atuação do Paciente.

A única forma que encontra de tentar vincular o agir privado do Paciente ao MPF é com a errônea descrição de seu conhecimento, experiência e contatos como atributos funcionais. Não é preciso ler a Lei Orgânica do MPU para saber que não são.

Resta abordar a questão pelo ângulo – conhecido da jurisprudência alemã, mas pouco discutido entre nós – da relação entre corrupção passiva e as *Nebentätigkeiten*, ou atividades secundárias que o agente público possa empreender paralelamente ao exercício da função pública. O entendimento do BGH (*Bundesgerichtshof*, congênere do Eg. STJ) é no sentido de que elas só podem configurar pacto ilícito integrante do conceito de corrupção se o contratante, além de ter interesses vinculados ao cargo e à esfera de atribuições do agente público, efetuou a contratação não apenas em razão dos conhecimentos e das habilidades específicos

deste, mas também em ordem a influenciar seu exercício funcional.  
Confira-se:

*"Die private entgeltliche Nebentätigkeit eines Amtsträgers allein lässt nicht den Schluss auf eine Unrechtsvereinbarung i.S.d. § 333 Abs. 1 zu. Maßgeblich ist vielmehr, welche Art die Beziehungen des Vorteilsgebers zu der Dienststelle des Amtsträgers sind, und ob die Interessen des Vorteilsgebers sich dem Aufgabenbereich des Amtsträgers zuordnen lassen. Demgemäß kann das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung nur für solche privaten entgeltlichen Nebentätigkeiten ohne weiteres verneint werden, mit dem der Amtsträger solche dienstlichen Berührungspunkte nicht hat und auch nicht haben kann. Unter diesen Umständen ist eine private Nebentätigkeit regelmäßig nicht geeignet, den bösen Anschein der Käuflichkeit des Amtsträgers zu erwecken. Lassen sich die Interessen des Vorteilsgebers jedoch dem Aufgabenbereich des Amtsträgers, auch im weiteren Sinne, zuordnen, bedarf es besonders sorgfältiger Prüfung, ob die Erteilung eines Auftrages für eine entgeltliche Nebentätigkeit ausschließlich wegen der besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten des Amtsträgers erfolgt oder ob sie auch erfolgt, um seine Dienstausbübung zu beeinflussen"<sup>12</sup>*

*"A atividade secundária privada e remunerada de um agente público não permite, por si só, concluir no sentido de um pacto ilícito no sentido do § 333, parágrafo 1. É mais relevante saber qual o tipo de relação daquele que dá a vantagem com o cargo do agente público, e se os interesses daquele que dá a vantagem se vinculam à esfera de atribuições do agente público. Em consonância com isso, a existência de um pacto ilícito apenas em razão de tais*

---

<sup>12</sup> BGH NStZ- RR 2007, 309; BGH NStZ 2008, 216;

*atividades secundárias privadas e remuneradas pode ser sem mais delongas negada se o agente público não tem nem pode ter, com elas, pontos de contato funcionais. Nessas circunstâncias, uma atividade secundária privada em geral não é apta a despertar percepção negativa sobre a venalidade do agente público. Se, porém, os interesses daquele que dá a vantagem se vinculam, ainda que em sentido mais amplo, com a esfera de atribuições do agente público, exige-se exame cuidadoso sobre se a contratação de atividade secundária remunerada ocorreu exclusivamente em razão dos conhecimentos e das habilidades específicos do agente público, ou se também ocorreu com a finalidade de influenciar seu exercício funcional” (livre tradução)*

No caso em exame, é a própria denúncia que descreve, como “*contrapartida*” do Paciente a uma suposta promessa de vantagem indevida, o uso de seu conhecimento e sua experiência em atividades de orientação e aconselhamento jurídico. **Não havia, com efeito, como a alegada contratação influenciar o exercício funcional do Paciente**, pois, além de não ter por objeto qualquer aspecto das funções institucionais do MPF, ele já estava temporalmente muito próximo de deixar a instituição, em férias e longe da Operação Lava Jato, pois vinha atuando há vários meses na Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, com sua última tarefa eventual tendo ocorrido em 27/10/2016, conforme certidão do próprio MPF<sup>13</sup>.

Dessa forma, torna-se imperioso o **trancamento da Ação Penal** em epígrafe, tendo em vista o fato da denúncia narrar uma

---

<sup>13</sup> Doc. 05 – Certidões e Portaria PRRJ nº1582/2016 do Ministério Público Federal.



conduta, sem dúvidas, **atípica**, demonstrando, assim, **insuperável inépcia**.

#### **IV. Do Pedido Liminar.**

O atual estágio em que se encontra o andamento processual justifica a concessão de medida liminar para que se suspenda seu trâmite até o julgamento definitivo de mérito da presente ordem.

O processo, atualmente, se encontra no início de sua fase instrutória, para a oitiva de testemunhas, com a expedição de cartas precatórias e ofícios.

O ***periculum in mora*** torna-se claro, uma vez que a não suspensão da marcha processual pode acarretar **prejuízos irreparáveis**, em especial pelo fato de que se trata de Ação Penal de **tramitação onerosa para o Poder Judiciário e para as próprias partes**, havendo o Juízo *a quo* não só deprecado à Seção Judiciária do Estado de São Paulo a notificação de várias testemunhas para inquirição por videoconferência, como ainda **determinado que as partes** – inclusive o Paciente, que não é residente em Brasília/DF – **acompanhem na sede do juízo esses atos de instrução**, com **demasiado ônus a ser suportado**.

Ressalte-se ainda que **a suspensão do curso do processo não tem o condão de causar prejuízo à pretensão punitiva estatal**, tendo em vista que os fatos imputados na denúncia datam de 2017, com recebimento da inicial em junho de 2018, razão pela qual a ocorrência de prescrição se mostra bastante improvável.

Além disso, a existência do ***fumus boni iuris*** fica evidenciada pela própria **leitura da presente petição** e dos **documentos a ela acostados**, sobretudo a **inepta denúncia oferecida pelo MPF**, que não narra qualquer prática criminosa pelo Paciente, ficando claro a verossimilhança das alegações.

O malabarismo argumentativo feito pelo órgão acusador em sua inicial para tentar atribuir o conhecimento técnico do Paciente como sendo ato inerente a sua função de Procurador da República torna **evidente a atipicidade da conduta narrada**, de modo que outra conclusão não se pode chegar, se não a de inépcia da denúncia.

Pelo exposto, aguardam os impetrantes a concessão de **medida liminar** para suspender a marcha processual, uma vez que o seu prosseguimento pode implicar em dano irreparável, que não poderá ser corrigido *a posteriori*.

#### **V. Do Pedido.**

Ante todo o exposto, requer seja conhecido o presente habeas corpus e concedida **medida liminar** para **suspender o curso da ação penal até o julgamento definitivo do presente writ**, recolhendo-se os mandados e cartas de notificação já expedidos.

No **mérito**, fica requerido o **deferimento de ordem concessiva de habeas corpus para trancar a Ação Penal nº 1011826-93.208.4.01.3400**, por ser evidente e defluir da própria narrativa da denúncia, a atipicidade da conduta imputada ao Paciente.

Informa, por fim, que acompanha o presente cópia das principais peças processuais do feito em referência, comprovando os fatos acima afirmados e permitindo o regular conhecimento, processamento e concessão da ordem.

Nestes termos,  
Pedem processamento e deferimento.

Rio de Janeiro, 18 de junho de 2019.

Maria Claudia Napolitano  
OAB/RJ 123.050

Luiz Rodrigo de Aguiar Barbuda Brocchi  
OAB/RJ 118.712

Marcelo Napolitano  
OAB/RJ 149.328

Isabella Corrêa de Lucena  
OAB/RJ 189.661

Fabício Moraes da Costa  
OAB/RJ 215.299

Diego de Castro Rodrigues  
OAB/RJ 218.063