

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

IMPETRANTES: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCIONAL DE
MATO GROSSO E OUTRO(s)

PACIENTE: RODRIGO TERRA CYRINEU

Número do Protocolo: 157630/2014

Data de Julgamento: 28-01-2015

E M E N T A

HABEAS CORPUS - CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO, PECULATO-DESVIO E PECULATO-FURTO, EM CONCURSO MATERIAL E CONTINUIDADE DELITIVA - CONDIÇÃO DE PARTÍCIPE - FRAUDES LICITATÓRIAS CONSISTENTES EM OPERAÇÕES DE CONTRATOS SIMULADOS DE FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS À CÂMARA MUNICIPAL DE CUIABÁ - PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - EMISSÃO DE PARECER OPINATIVO SEM PODER VINCULATIVO - EXERCÍCIO REGULAR DO MÚNUS PÚBLICO - ATIPICIDADE DA CONDUTA - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO *PRIMA FACIE* DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA E O RESULTADO - ORDEM CONCEDIDA - AÇÃO PENAL PARCIALMENTE TRANCADA.

A pessoa apta a perpetrar a conduta típica penal, prevista no art. 312 do CP, é o agente ordenador de despesa competente para praticar o ato e não seu órgão consultivo. Eventual imputação ao parecerista somente se mostra possível sob o ângulo da norma de extensão descrita no art. 29 do CP, evidenciando a condição de partícipe, mediante auxílio, ajuste, cooperação ou outro modo de concerto de vontades que evidenciem dolo direto à prática delitativa, impossível de se verificar somente pela constatação de prova desse

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

fato ou abuso de alguma das prerrogativas profissionais inculpidas no art. 133 da CF e art. 2º do Estatuto da Advocacia, não sendo o caso.

Ordem concedida. Ação Penal parcialmente trancada.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

IMPETRANTES: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCIONAL DE
MATO GROSSO E OUTRO(s)

PACIENTE: RODRIGO TERRA CYRINEU

R E L A T Ó R I O

EXMO. SR. DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA

Egrégia Câmara:

Vistos etc.

O presente *writ of habeas corpus* impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso, representada pelo presidente, Dr. Maurício Aude, OAB/MT 4667, e Secretário-Geral Adjunto, Dr. Ulisses Rabaneda, OAB/MT 8948, visa à concessão de provimento jurisdicional em favor do advogado Rodrigo Terra Cyrineu, OAB/MT 16169, qualificado nos autos, para o fim de determinar a concessão liminar de suspensão e, ao final, o trancamento definitivo da Ação Penal nº 9950-36.2014.811.0042 (cód. 369569) em trâmite perante o Juízo da Vara Especializada Contra o Crime Organizado, Ordem Tributária e Econômica e Administração Pública da Capital contra o paciente e outras pessoas, sob acusação da prática dos crimes descritos nos arts. 288 e 312, c/c 29, por oito vezes, na forma do art. 71, todos do CP. O *writ* se resume aos seguintes pontos, contidos em ementa apresentada na inicial:

"HABEAS CORPUS - RESPOSTA À ACUSAÇÃO - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - FALTA DE ENFRENTAMENTO DAS TESES DEFENSIVAS - NULIDADE. É nula a decisão judicial que não enfrenta as teses defensivas expostas na resposta à acusação, por afronta ao Art. 93, IX da Constituição Federal e Arts. 396-A e 397 do Código de Processo Penal. Precedentes do TJMT; HABEAS CORPUS - AÇÃO PENAL - PECULATO - ADVOGADO PÚBLICO - PARECER JURÍDICO NÃO VINCULATIVO - MERO EXERCÍCIO PROFISSIONAL - ATIPICIDADE DA CONDUTA - AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL - TRANCAMENTO. A conduta do

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

advogado público consistente em emitir parecer não vinculativo, com vasta fundamentação jurídica, não caracteriza fato típico. Segundo entendimento do STJ 'não comete crime algum quem, no exercício de seu cargo, emite parecer técnico sobre determinada matéria, ainda que pessoas inescrupulosas possam se locupletar as custas do Estado, utilizando-se desse trabalho. Estas devem ser processadas criminalmente, não aquele [STJ RHC 7.165]. Precedentes do STF, STJ, Tribunais Federais e Tribunais Estaduais. Ordem que merece ser concedida, trancando-se a ação penal." (sic fl. 03-TJ)

Pede-se a concessão liminar da ordem, suspendendo-se a tramitação da Ação Penal antes epigrafada exclusivamente em relação ao ora paciente até a resolução do mérito da ação mandamental, onde espera ver a decisão judicial que rejeitou o pedido de absolvição sumária na fase do art. 397 do CPP anulada por afronta ao disposto no art. 93, IX, da CF e outra seja proferida com a apreciação das teses defensivas, ou, subsidiariamente, seja trancada a ação penal por atipicidade da conduta.

Instruiu a impetração com as cópias de fls. 43-TJ *et seq.*

A liminar foi indeferida às fls. 124/125v-TJ, e as informações, prestadas às fls. 131v/142v-TJ, nada acrescentando ao que foi decidido na decisão ora vergastada.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Promotor de Justiça Designado (Portaria 194/2013-PGJ), Dr. Amarildo César Fachone, é pela denegação da ordem.

Intime-se os impetrantes da inclusão na próxima sessão de julgamento, com prazo suficiente para o efetivo cumprimento, já que existe pedido de sustentação oral.

É o relatório.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

P A R E C E R (ORAL)

O SR. DR. BENEDITO XAVIEIR DE SOUZA CORBELINO

Egrégia Câmara:

Ratifico o parecer escrito.

V O T O

EXMO. SR. DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA

(RELATOR)

Egrégia Câmara:

A inicial do *writ*, constante de fls. 02/41-TJ, intenta à anulação da decisão que rejeitou pedido de absolvição sumária (*formulado na resposta à acusação apresentada pelo paciente Rodrigo Terra Cyrineu*) por absoluta falta de fundamentação. Pede-se que o juízo de origem profira outra, apreciando as teses defensivas; Subsidiariamente, requer-se o trancamento da Ação Penal registrada sob a numeração única 9950-36.2014.811.0042 (código 369569), em trâmite perante o Juízo da Vara Especializada Contra o Crime Organizado, Crimes Contra a Ordem Tributária e Econômica, Crimes Contra a Administração Pública e Lavagem de Dinheiro da Capital, em razão da atipicidade da conduta atribuída ao ora paciente.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso ofereceu denúncia em desfavor do paciente simplesmente porque, agindo na condição de advogado, emitiu parecer jurídico em procedimento administrativo licitatório "(...) *na modalidade 'carona', ou seja, adesão a uma Ata de Registro de Preços da Assembleia Legislativa de Mato Grosso*" pela Câmara Municipal de Cuiabá, deixando de se atentar às inúmeras irregularidades procedimentais, o que revelaria, portanto, o seu intuito de facilitar a ocorrência de fraude do certame ora mencionado.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

De acordo com a denúncia, cuja cópia repousa às fls. 43/68-TJ, descobriu-se a existência de organização criminosa, composta por agentes públicos e particulares, com a finalidade de assacar o erário público, mediante a emissão de notas fiscais "frias", que simulavam a aquisição de serviços gráficos, bem como o fornecimento de crachás, *folders*, livros, cartilhas à Câmara Municipal de Cuiabá, no importe total de R\$1.655.000,00, que em parte nunca chegaram ao seu destinatário final.

Com efeito, consta que o denunciado, então vereador João Emanuel Moreira Lima, agindo na qualidade de presidente do parlamento municipal, supostamente nomeou comparsas em funções específicas, para o fim de promover a referida fraude.

João Emanuel, em suposto conluio com os responsáveis pela empresa Propel (que, de acordo com as informações trazidas pela denúncia, sequer possuía condições de atender à demanda de serviço contratada), promoveu a contratação adesiva da referida empresa na modalidade licitatória antes apontada sem que ela atendesse todos os requisitos para tanto, tais como a comprovação de capacidade técnica para a consecução dos serviços e apresentação da documentação de regularidade empresarial.

"Tais irregularidades graves, algumas insanáveis, deveriam terem sido verificadas por ocasião da emissão do Parecer Jurídico n. 004/2013 de 01/02/13, no bojo do procedimento de adesão (fls. 900/903), mas, convenientemente, nada ali se registrou nesse sentido.

Aliás, tal peça só fora assinada pelo servidor comissionado da Câmara e atual advogado do primeiro denunciado, Dr. Rodrigo Terra Cyrineu [Chefe do Setor Jurídico], sendo que os Procuradores concursados daquela Casa de Leis, Drs. Daniel Douglas Teixeira e Tálita Mori Coimbra, não obstante terem seus nomes impressos no documento, não ó subscreveram (talvez propositadamente).

Essa era exatamente a função do denunciado RODRIGO CYRINEU, ou seja, dar respaldo jurídico às contratações ilegais do chefe do

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

bando, passando por cima de vícios gravíssimos como os acima apontados e manifestando-se favoravelmente à contratação." (sic fl. 39-TJ, e mídia encartada à fl. 121-TJ).

Com efeito, a adesão em referência deu origem ao primeiro lote de encomendas, consignado no Contrato n.º 001/2013, assinado em 1º/02/2013, publicado em 07/02/2013, correspondente a diversas notas fiscais de fornecimento de materiais gráficos, e que rendeu ao grupo a cifra total de R\$312.841,41, consistente no fornecimento de centenas de milhares de exemplares de livros, livretos e cartilhas, *folders*, fichas de autoria de vereadores e crachás e que supostamente teriam sido "entregues" no prazo recorde de sete dias a partir da publicação do ato.

"Coube ao denunciado RENAN MORENO LINS FIGUEIREDO [Chefe do Almoxarifado] 'conferir' os itens supostamente entregues e ao denunciado APARECIDO ALVES DE OLIVEIRA [Secretário-Geral da Câmara Municipal de Cuiabá], atestar falsamente as notas fiscais de ns. 254, 255, 256 e 257 que totalizaram R\$ 312.841,41, liberando o pagamento respectivo à PROPEL, cumprindo assim a sua função na quadrilha" (sic fl. 50-TJ, CD de fl. 121-TJ)

O segundo grupo de encomendas, cuja participação é atribuída também ao ora paciente, diz respeito a apenas a um item, consistente em cento e cinquenta mil livros "*Atividades Parlamentares dos Deputados*", adaptado para o nome "*História do Parlamento Cuiabano*", estipulou-se o pagamento da cifra de 1,23 milhão de reais sem que a maior parte de tais livros fossem efetivamente produzida ou entregue.

"Tomando como exemplo os números levantados relativamente aos livros Constituição do Município de Cuiabá e História do Parlamento Cuiabano, entre o que foi distribuído (cerca de 600 unidades) e o que foi encontrado no almoxarifado (1.929 unidades), é seguro afirmar que a quantidade desses itens produzidos pela Propel e entregues à Câmara, não chegou a 2% (dois por cento) dos que foram efetivamente pagos com o dinheiro público. Ao fim e ao cabo, houve desvio de aproximadamente 98% (noventa e oito por cento) do valor total pago para a confecção desses itens

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

citados." (sic fls. 59/60-TJ).

Consta ainda uma outra acusação, de realizar a subtração de dinheiro público, mediante o pagamento de R\$130.434,46 à mesma empresa *Propel*, desvinculado da prestação de qualquer serviço ou fornecimento de bens respectivos.

A denúncia concluiu, desta forma, que o paciente Rodrigo Terra Cyrineu supostamente integra quadrilha estável ou permanente criada para o cometimento de crimes (art. 288, c/c art. 29, ambos do CP), bem como participou de sucessivos crimes de peculato, modalidade desvio, em continuidade delitiva (312, *caput*, c/c art. 29, ambos do CP, por oito vezes, na forma do art. 71 do CP), relativamente ao pagamento de oito notas fiscais "frias", de conteúdo ideologicamente falso, emitidas pela empresa *Propel* à Câmara Municipal de Cuiabá, e um crime de peculato-furto (art. 312, *caput*, c/c art. 29, ambos do CP), referente ao pagamento de R\$130.434,46 à empresa *Propel*, desvinculado de qualquer serviço ou produto prestado à referida Casa de Leis.

A denúncia foi regularmente recebida em 05/5/2014 em relação a todos os codenunciados (fls. 71/72v-TJ, e CD de fl. 121-TJ), e a resposta à acusação foi devidamente apresentada pelo paciente Rodrigo às fls. 74/97-TJ, constando ainda do CD juntado à fl. 121-TJ, ocasião em que alegou ter emitido um "(...) *simples parecer jurídico opinativo, revelando-se absolutamente atípica a sua conduta frente ao tipo do artigo 312 da Lei Penal Brasileira, eis que não era fiscal do contrato, não recebeu ou atestou nota alguma, não ordenou pagamento, enfim, não praticou qualquer ato administrativo voltado para o imaginário ilícito narrado na peça de ingresso, a revelar já de cara a atipicidade de sua conduta frente ao ordenamento jurídico-penal (...)*" (sic fl. 1792-TJ), pugnando, assim pela absolvição sumária calcada no art. 397, inciso III, do CPP.

Entretanto, a douta autoridade judiciária apontada como coatora, diversamente, entendeu o que segue:

"Após o recebimento da denúncia, os réus foram regularmente citados e trouxeram as respostas, motivo pelo qual passo à análise das preliminares aduzidas.

(...)

O advogado Rodrigo Terra Cyrineu, também réu nestes autos,

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

pugna pela absolvição sumária, alegando que não há tipicidade na sua conduta, que se resumiu à emissão de parecer jurídico que respaldou a adesão pela Câmara de Vereadores à Licitação (registro de preços) já efetivada pela Assembléia Legislativa em face da empresa PROPEL.

O Estatuto da Advocacia garante como prerrogativa o livre exercício da advocacia e a imunidade por manifestações no exercício da profissão e deve ser rigorosamente observado e respeitado.

Ocorre que, no caso, o Ministério Público denunciou o acusado, advogado Rodrigo Terra Cyrineu, por ter concorrido para a prática de crimes de peculato e formação de quadrilha e, para tanto, apontou nada menos do que 10 (dez) irregularidades encontradas no procedimento de adesão (fls. 05/06), que não foram apontadas pelo referido profissional.

Embora seja cedo para afirmar que o advogado tenha agido mediante dolo, conluiado com os demais, como alega o MP, não se pode simplesmente absolvê-lo nesse momento, especialmente diante das circunstâncias fáticas narradas na denúncia, já que o Ministério Público alega reconhecida e comprovada má-fé do advogado, que é diferente do mero exercício da função, ainda que de forma negligente ou desidiosa.

Assim, ainda que não se pretenda de forma alguma criminalizar a advocacia, muito menos afrontar a inviolabilidade da profissão, não é possível, neste momento, optar pela absolvição sumária, simplesmente porque o advogado aduz que não participou dos crimes perpetrados, até porque a configuração de tal circunstância carece de instrução probatória.

Afasto, pois, sem mais delongas, a preliminar de atipicidade manifesta da conduta, que conduz à constatação de falta de justa causa para a ação penal, alegada pelo réu Rodrigo Terra Cyrineu.

(...)

Presentes na denúncia a indicação da materialidade dos delitos e das autorias, a fim de que se forme a plena convicção deste juízo a respeito dos fatos narrados na peça acusatória, deve-se proceder à instrução

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

criminal, momento em que se oportunizará ao Parquet a apresentação de provas que possam demonstrar a procedência do pedido, e, por meio do contraditório e da ampla defesa os réus poderão, igualmente, comprovar suas alegações.

Assim, em obediência ao disposto no artigo 399 do CPP, designo a audiência de instrução e julgamento para o dia 28 de janeiro de 2015, às 13:30 horas. Considerando o elevado número de testemunhas e réus a serem ouvidos, desde já designo os dias 30 de janeiro, 2, 6 e 9 de fevereiro do mesmo ano, para continuação da instrução, sempre a partir de 13:30 horas. Consigno que o agendamento do ato restou postergado para esta data em face da superlotação da agenda da Vara, bem como para que a secretaria tenha tempo hábil para as expedições necessárias.

Por isso mesmo, determino que este processo seja cumprido com a antecedência necessária à realização exitosa do ato. Observe a Secretaria, inclusive, a necessidade de expedição de cartas precatórias, o que deverá ser providenciado, no mínimo, 90 (noventa) dias antes da data do início da instrução.

Intimem-se ou requisitem-se a testemunhas e os acusados, conforme o caso. Observe-se, caso haja testemunha com prerrogativa de função, o agendamento prévio.

Intimem-se, ainda, as Defesas e o Ministério Público." (sic fls. 110/v-TJ, e 117/v-TJ).

Nesse sentido também se manifestou a douta Procuradoria de Justiça, que ponderou que a mera ausência de comprovação efetiva do dolo não permite a concessão da ordem, mormente porque "(...) o só fato de não ser cristalina a inocorrência de conduta criminosa do agente ou sua manifesta atipicidade faz com que a realidade dos fundamentos e dos limites do agir do paciente seja objeto de apuração, porquanto subsistente a justa causa para a acusação" (sic fl. 163-TJ).

Irresignados, os impetrantes aviam o presente writ colimando provar que a autoridade judiciária não fundamentou o motivo pelo qual não acatou a tese

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

da defesa, no sentido de que a emissão de mero parecer opinativo não constitui atividade típica frente ao disposto nos arts. 288 e 312 do CP, agindo assim ao arrepio do art. 93, inciso IX, da CF, "(...) *o que acaba por espicaçar o direito ao contraditório efetivo garantido pela mesma Lei Magna ao Paciente*" (sic fl. 12-TJ).

De outro lado, consigna também que a conduta incriminada não se amolda ao juízo de tipicidade dos crimes antes relacionados, uma vez que agiu dentro dos limites de sua profissão, sendo amparado pela imunidade prevista no art. 133 da CF e art. 2º do Estatuto da Advocacia, bem como pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Prosseguindo, os impetrantes sustentam a ocorrência de equívoco da denúncia ao apontar a legislação considerada como descumprida pelo ora paciente, ou seja, Lei n.º 10.520/2002 e Decreto n.º 5.450/2005, as quais disciplinam a licitação na modalidade pregão, que não foi realizado pela Câmara Municipal de Cuiabá, havendo mera adesão a uma ata de registro de preços deflagrada pela Assembleia Legislativa Estadual, de modo que "(...) *a legislação a ser observada pelo paciente no momento de seu parecer seria o Decreto n.º 7892/2013, que Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.*" (sic fl. 30-TJ), salientando ainda que a responsabilidade do órgão aderente é unicamente demonstrar a vantagem do registro de preço, o que foi feito, e "(...) *a responsabilidade pela condução da solicitação de adesão é do órgão gerenciador, no caso a Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso*" (sic fl. 32-TJ).

Rebatem, ainda, a alegação de que as irregularidades daquele procedimento, apontadas na denúncia, não se sustentam, havendo clara menção de prévia concordância da empresa na "carona" solicitada pela Câmara Municipal, e a aquisição dos serviços e produtos da empresa *Propel*, na modalidade eleita (carona) ocorreu em respeito à identidade das partes contratantes e mediante a convergência dos interesses de ambas as casas legislativas (Assembleia Legislativa e Câmara Municipal), demonstrativa de evidente vantagem econômica para ambas, em razão do preço da contratação.

De qualquer modo, segundo finaliza, de acordo com o disposto no art. 15, § 4º, da Lei de Licitações (Lei Federal n.º 8.666/93) a contratação decorrente

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA CAPITAL

da ata de registro de preços a que a Câmara Municipal de Cuiabá não obriga o órgão aderente, ficando a critério do Gestor firmar ou não as contratações, de modo que inexistente erro jurídico do paciente em opinar pela possibilidade de firmar tal contrato.

Analisando primeiramente a tese de nulidade do ato judicial que rejeitou o pedido de absolvição sumária aviado pelo paciente na resposta à acusação, em razão de deficiência de fundamentação, não prospera.

A jurisprudência pacífica existente sobre a disciplina jurídica da decisão que analisa a resposta à acusação estabelece a conclusão de que, via de regra, é prescindível a fundamentação exauriente do ato tido como criminoso e as peculiaridades que autorizem a manutenção da *persecutio criminis in juditio*.

A decisão que rejeita as teses defensivas apresentadas na resposta à acusação, mantendo a persecução penal, equipara-se ao ato de recebimento da denúncia, pois para ela não há recurso específico no ordenamento jurídico-processual, sugerindo-se, pois, que, na identificação de sua natureza jurídica, a conclusão seja no sentido de que "(...) não se qualifica e nem se equipara, para fins a que se refere o art. 93, IX, da Constituição de 1988, a ato de caráter decisório" (HC 70763, Rel. Celso de Mello, DJ de 13/09/1994).

Além disso, a autoridade judiciária cumpriu a exigência constitucional de fundamentação de sua decisão, que a acusação repousa sobre a ocorrência de má-fé do causídico, indicativa de dolo, diferente do mero exercício da função, ainda que de forma negligente ou desidiosa. Logo, por assim supor, sinalizou que a questão de mérito comporta dilação probatória que deveria merecer melhor debate durante a instrução criminal, não se podendo, nesse viés, tisaná-la de qualquer forma de nulidade.

Logo, impõe-se a rejeição da tese de nulidade da decisão ora vergastada, que impõe seja mantida.

Em segundo momento, buscou-se enfatizar no *writ* a exigência constitucional de verificação prévia – pelo Magistrado presidente da ação penal - das condições mínimas de existência da persecução penal em Juízo, no sentido que o juiz da causa indique a real justa causa da persecução penal, o que é diferente da ausência de

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

fundamentação.

Nesse plano, o tema já foi alvo de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, RE 593443/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado no dia 19/3/2009, submetido à sistemática do art. 543-B, do CPC (TEMA 154) e reafirmado por julgamento em plenário virtual em 06/6/2013, que a despeito de estabelecer feição disciplinatória ao manejo do *writ* que pede o trancamento de ação penal, também impôs verdadeira limitação ao poder persecutório de atuação, quer do Ministério Público, na defesa da sociedade, quer ao Juízo de Direito, na sentença de pronúncia em perspectiva. Constou da ementa do referido recurso-paradigma:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA ANTE AS RAZÕES VEICULADAS. *O trancamento da ação penal pressupõe situação enquadrável em uma das hipóteses contempladas em lei, surgindo, ante visão diversa, a repercussão geral própria ao extraordinário no que se obstaculizou a atuação do Ministério Público em favor da sociedade e o crivo do Juízo mediante a sentença de pronúncia, ou não, a ser prolatada.*"

O Extraordinário fixou as seguintes premissas:

"*REPERCUSSÃO GERAL*

HC e trancamento de ação penal: admissibilidade - I

O controle judicial prévio de admissibilidade de qualquer acusação penal, mesmo em âmbito de habeas corpus, é legítimo e não ofende os princípios constitucionais do juiz natural e do monopólio da titularidade do Ministério Público em ação penal de iniciativa pública, quando a pretensão estatal estiver destituída de base empírica idônea. Essa foi a conclusão do Plenário que, por votação majoritária, desproveu recurso extraordinário no qual se questionava decisão proferida pelo STJ, que, em sede de habeas corpus, trancara ação penal, por ausência de justa causa, de modo a afastar a submissão dos pacientes ao tribunal do júri pela suposta prática de homicídio doloso. Alegava-se que a decisão daquela Corte superior teria violado a Constituição, na medida em que o Ministério

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

Público teria a função institucional de promover, privativamente, ação penal pública. Além disso, sustentava-se que o STJ ter-se-ia substituído ao juiz natural da causa — o tribunal do júri —, pois teria examinado o conjunto fático-probatório de maneira aprofundada, com o fim de fundamentar sua decisão. Preliminarmente, por maioria, conheceu-se do recurso, vencidas as Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia. Entendiam que o exame do tema pressuporia revolvimento de fatos e provas, bem como análise de legislação infraconstitucional, o que não seria cabível na via eleita.

RE 593443/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 6.6.2013. (RE-593443)

HC e trancamento de ação penal: admissibilidade - 2

No mérito, manteve-se a decisão recorrida. O Min. Ricardo Lewandowski ponderou que o STJ teria apenas verificado os aspectos formais da denúncia, à luz do art. 41 do CPP, ao tangenciar as provas que embasariam a acusação. Asseverou que, de acordo com aquela Corte superior, o Ministério Público não teria demonstrado que as práticas narradas estariam direcionadas à produção do resultado. Ademais, esses atos não seriam imputados a ninguém, de modo que não seria possível compreender quem seriam os autores. Verificou que não se teria estabelecido o liame entre as condutas e o resultado morte, de forma que sequer o método de eliminação hipotética seria suficiente para imputar aos pacientes o resultado danoso. Considerou que cumpriria declarar a inépcia de denúncia em que não narradas as condutas individualmente, ou quando impossível estabelecer o nexa causal entre ação e resultado. Afirmou que a inicial acusatória simplesmente expusera as circunstâncias em que o fato ocorreria, sem possibilidade de conclusão pelo cometimento de homicídio doloso. O máximo que se poderia imputar — caso individualizadas as condutas — seria delito culposo. Acresceu que o Ministério Público, ao interpor o extraordinário, pretendia revolvimento de fatos e provas, inadmissível, de acordo com o Enunciado 279 da Súmula do STF.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

RE 593443/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 6.6.2013. (RE-593443)

HC e trancamento de ação penal: admissibilidade - 3

O Min. Gilmar Mendes assinalou que a situação seria similar às denúncias oferecidas em crimes societários, em que cabível analisar a descrição da conduta delituosa feita na inicial acusatória, em sede de habeas corpus, mesmo que a partir do exame ou contraste de provas. O Min. Celso de Mello registrou que, a partir de elementos documentais que evidenciassem a procedência de determinada pretensão, seria legítimo ao Poder Judiciário examinar, naquele contexto, os fatos subjacentes a determinado pleito. Reconheceu que o STJ, dada a singularidade do caso concreto, destacara que a alegação de falta de justa causa seria examinada a partir da avaliação dos próprios elementos de convicção que embasaram a denúncia. Não se cuidaria, portanto, de revolvimento de provas. Aduziu que reconhecer eventual transgressão aos postulados constitucionais evocados implicaria declarar a inconstitucionalidade dos artigos 414 e 415 do CPP, a tratar da sentença de impronúncia e da absolvição sumária no contexto do júri, respectivamente. Nesse sentido, destacou o caráter bifásico do procedimento penal relativo a crimes dolosos contra a vida. Reiterou que pronunciamento judicial de qualquer órgão do Poder Judiciário que rejeitasse denúncia, impronunciasse réu ou que o absolvesse sumariamente, assim como que concedesse ordem de habeas corpus de modo a extinguir procedimento penal, não ofenderia a cláusula do monopólio do poder de iniciativa do Ministério Público em matéria de persecução penal (CF, art. 129, I). Ademais, não transgrediria o postulado do juiz natural, no tocante aos procedimentos penais de competência do tribunal do júri (CF, art. 5º, XXXVIII, d). Impenderia caracterizar a incontestabilidade dos fatos, para que a matéria fosse suscetível de discussão nessa via sumaríssima. Dessa maneira, cumpriria ao Judiciário impor rígido controle sobre a atividade persecutória do Estado, em ordem a impedir injusta coação processual,

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

revestida de conteúdo arbitrário ou destituída de suporte probatório.

RE 593443/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 6.6.2013. (RE-593443)

HC e trancamento de ação penal: admissibilidade - 4

Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, relator, Teori Zavascki e Joaquim Barbosa, Presidente, que proviam o recurso, para reformar a decisão concessiva de habeas corpus e determinar o prosseguimento da ação penal perante o juízo competente. O relator aduzia que o trancamento de ação penal pressuporia a inexistência de juízo de probabilidade da ocorrência da infração e da autoria. Assim, o tribunal no qual impetrado o writ não poderia adentrar o exame de fundo, pois não caberia aferir a procedência da imputação, mas averiguar se estaria lastreada em suporte probatório mínimo, sem emitir juízo de mérito. A cognição da matéria, em habeas corpus, seria ampla no tocante à extensão — considerada a possibilidade de concessão de ordem de ofício —, mas dependeria da clara demonstração de ilegalidade do ato coator. No caso, reputava que o STJ, ao conceder a ordem, teria se substituído ao juízo e ao júri, ao valorar e cotejar as provas profundamente. O Min. Teori Zavascki não vislumbrava ofensa ao postulado alusivo à atribuição do Ministério Público, mas reconhecia que o STJ teria emitido, ao conceder a ordem, juízo típico de tribunal do júri. O Presidente também descartava o fundamento relativo ao art. 129, I, da CF, mas não considerava que a denúncia padeceria de vício, de modo que o STJ teria extrapolado os limites do habeas corpus.

RE 593443/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 6.6.2013. (RE-593443)” (Informativo 709 do STF, de 03 a 07 de junho de 2013).

Enfatiza-se que o acórdão em questão ainda não foi publicado, estando a ementa, ainda não confeccionada, a cargo do eminente Min. Ricardo Lewandowski, redator designado em substituição ao relator vencido, Min. Marco

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

Aurélio.

De acordo com o entendimento antes mantido, extrai-se a conclusão de que, embora inexigível fundamentação exauriente do ato judicial que rejeita pedido de absolvição sumária formulado em resposta á acusação, dele não se prescinde, de outro lado, da regular análise dos requisitos mínimos de existência da ação penal, incluindo a justa causa, sem a qual não há conformação ao preceito constitucional do *due process of law*.

Estabelece o art. 397 do CPP:

"Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

IV - extinta a punibilidade do agente. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)."

De acordo com o prelecionado na lei processual penal, o exercício de uma persecução penal só se mantém válido mediante a inexistência de condições obstativas de existência, incluindo-se a verificação da justa causa.

Plínio de Oliveira Correa, citando as disposições da orientação exarada na Carta de Gramado, de 02/07/1995, publicada no "Jornal do Criminalista, ACRIERGS", destaca que a justa causa, constituindo "*condição primeira para o exercício da ação penal, consiste na prova indubitosa da existência de uma hipótese delitiva e, pelo menos, em indícios idôneos de sua autoria.*" (Teoria da Justa Causa: análise do sistema processual penal brasileiro com vista à ordem jurídica dos países da

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

América Latina. AJURIS, Porto Alegre, v. 24, n. 70, p. 266-280, jul. 1997).

Noutra senda:

"A justa causa [...] consiste na obrigatoriedade de que exista, no momento do ajuizamento da ação, prova acerca da materialidade delitiva e, ao menos, indícios de autoria, de modo a existir fundada suspeita acerca da prática de um fato de natureza penal. Em outros termos, é preciso que haja provas acerca da possível existência de uma infração penal e indicações razoáveis do sujeito que tenha sido o autor desse delito." (BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 144).

De acordo com o prelecionado pelo eminente Min. Celso de Mello, no Inq 1978/PR, inicialmente mencionado:

"A persecução penal rege-se, por isso mesmo, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por tal razão, e como tenho acentuado em inúmeras decisões proferidas nesta Corte Suprema, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu (JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, 'O Processo Criminal Brasileiro', vol. I/8, 1911).

O processo penal condenatório, pois, não pode ser um instrumento de arbítrio do Estado, seja quando instaurado pelo Ministério Público, seja quando promovido por particulares. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Não exageraria se ressaltasse a decisiva importância do processo penal no contexto das liberdades públicas.

Daí a razão de ser desta fase preliminar de controle jurisdicional da acusação penal, concebida, precisamente, para impedir a instauração de lides temerárias ou para obstar, como sucede no caso, a abertura de processos destituídos de base probatória que não se apoie em

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

elementos mínimos de convicção.

Não se pode ignorar que, com a prática do ilícito penal – acentua a doutrina -, a ‘reação da sociedade não é instintiva, arbitrária e irrefletida; ela é ponderada, regulamentada, essencialmente judiciária’ (GASTON STEFANI e GEORGES LEVASSEUR. ‘Droit Pénal Général et Procedure Penale’. Como II/1, 9ª ed., 1975, Paris; JOSÉ FREDERICO MARQUES, ‘Elementos de Direito Processual Penal’, vol. 1/11-13, itens ns. 2/3, Forense), tudo a justificar o ponderado exame preliminar dos elementos de informação”, cuja presença revele-se capaz de dar consistência e de conferir verossimilhança às imputações consubstanciadas em acusações penais, sob pena de esta fase introdutória do processo penal de conhecimento transformar-se em simples exercício burocrático de um poder gravíssimo que foi atribuído aos juízes e Tribunais.

Dentro desse contexto, assume relevo indiscutível o encargo processual que, ao incidir sobre o órgão de acusação penal, impõe-lhe o ônus de demonstrar, ainda que superficialmente, porém com fundamentos de relativa consistência, nesta fase preliminar do processo, os fatos constitutivos sobre os quais se assenta a pretensão punitiva do Estado.

O fato indiscutivelmente relevante, Senhora Presidente, é que, no âmbito de uma formação social organizada sob a égide do regime democrático, não se justifica, sem qualquer base probatória mínima, a instauração de qualquer processo penal condenatório, que deve sempre assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de justa causa – em elementos que se revelem capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas sobre a ocorrência, ou não, dos fatos descritos em peça acusatória.

Não questiono, Senhora Presidente, a eficácia probante dos indícios, mas enfatizo que a prova indiciária – ainda que para viabilizar um juízo prévio de admissibilidade da acusação penal – deve ser convergente e

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

concatenada, não excluída por contra-indícios, nem abalada ou neutralizada por eventual dubiedade que possa emergir das conclusões a que tal prova meramente circunstancial dê lugar, sob pena de o acolhimento judicial desses elementos probatórios indiretos, quando precários, inconsistentes ou impregnados de equivocidade, importar em incompreensível transgressão ao postulado constitucional da não-culpabilidade.

Disso decorre, portanto, Senhora Presidente, que, com base em simples e unilaterais alegações pessoais, ou com apoio em mera suspeita, ninguém pode ser legitimamente processado em nosso sistema jurídico, tal como já o reconheceu este Supremo Tribunal Federal:

‘Inquérito. Queixa-crime. Alegações desapoizadas de indícios ou suspeitas fundadas. Juízo de deliberação. Condição de procedibilidade (inexistência). Inviabilidade. Rejeição da queixa-crime e arquivamento do inquérito.’ (Inq 112/SP, Rel. Min. RAFAEL MAYER – grifei)

‘Queixa-crime.

- Tratando-se de ação penal privada, sua análise, na fase de recebimento ou não dela, se circunscreve ao crime que é apontado na queixa como praticado pelo querelado.

- No caso, (...) há falta de justa causa para o oferecimento da queixa-crime por estar inteiramente desacompanhada de qualquer elemento, mínimo que seja, de prova sobre a materialidade do crime, baseando-se o seu oferecimento tão-só na versão do querelante (...).

Queixa-crime que se rejeita por falta de justa causa.’

(RTJ 182/462, rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei).

Vê-se, desse modo, que a legítima instauração de ‘persecutio criminis’ pressupõe a existência de elementos probatórios mínimos que possam, ao menos, indicar a real ocorrência dos fatos imputados ao agente, não bastando, para tanto, meras referências genéricas, declarações unilaterais, depoimentos contraditórios ou conjecturas pessoais.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

(...)

Cumpre ressaltar, neste ponto, que a importância e a necessidade de rígido controle judicial dos requisitos legitimadores da instauração da 'persecutio criminis' são postos em destaque no magistério de autorizados doutrinadores, como JOSÉ FREDERICO MARQUES ('Elementos de Direito Processual Penal', vol. II/200-201, item n. 349, 2ª ed., 2000, Millenium), cuja lição, ao asseverar a inviabilidade de acusação desprovida de um mínimo suporte probatório, acentua:

'É preciso que haja o fumus boni juris para que a ação penal contenha condições de viabilidade. Do contrário, inepta se apresentará a denúncia, por faltar legítimo interesse e, conseqüentemente, justa causa.

Imperativo é, por isso, o controle do juiz sobre essa condição de viabilidade do pedido acusatório, pois, se assim não for, pode ser atingido, indevidamente, o status libertatis do acusado.

Não há, no caso, um juízo de formação da culpa, com apuração rigorosa do corpo de delito. O que existe é um despacho de delibação, provisório e simples, em que o juiz apura se há aquela fumaça de bom direito que autoriza a instauração da persecutio criminis em sua fase processual.

O processo penal atinge o status dignitatis do acusado. Em vários casos, este sacrifício é exigido (como acontece sempre que o réu é absolvido) no interesse do bem comum. Todavia, se nem o fumus boni juris pode descobrir-se, para alicerçar a peça acusatória, seria iníquo que o juiz permanecesse impassível e, como simples autômato, fosse recebendo a denúncia ou queixa.

Esse despacho de delibação requer, sem dúvida, muito equilíbrio e ponderação, pois, do contrário, a função repressora do Estado acabaria estancando-se, com grave prejuízo para o interesse comum e a segurança da vida social.

Mas o juiz é, sobretudo, o homem prudente que deve saber dosar,

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

com sabedoria e descortino, o exercício de funções, notadamente quando está em jogo, pela flexibilidade da situação jurídica que se lhe apresenta, o seu arbítrio de bom varão. Se podemos confiar na opinio delicti em que se apoia o Ministério Público, por que não fazer o mesmo com o arbitrium boni viri do juiz?

O magistrado deve saber procurar esse meio termo (que é também o justo termo), para não rejeitar a acusação como se estivesse decidindo definitivamente sobre o mérito da causa, nem tampouco receber automaticamente a peça acusatória que se contém na denúncia. Examinar o inquérito como se tivesse de dar um despacho de pronúncia seria demasiado. O que o juiz deve procurar é aquele fumus boni juris a que aludimos, para, assim, verificar se o Estado tem legítimo interesse na propositura da ação penal. Se o entender inexistente, a denúncia será inepta por faltar uma das condições (o interesse de agir) que tornariam viável a denúncia e apto o libelo a produzir os efeitos jurídicos que a acusação pretende obter.’ (grifei)

Perfilha igual entendimento FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (‘Código de Processo Penal Comentado’, vol. 1/121, 4» ed., 1999, Saraiva), cujo magistério, a propósito dos requisitos de admissibilidade da denúncia ou da queixa-crime, contém a seguinte advertência:

Por último, o interesse processual. Dele não cuida o art. 43; mas a doutrina ensina que, se por acaso a denúncia ou queixa não vier respaldada em elementos mais ou menos sensatos, sem um mínimo de prova mais ou menos séria, não poderá ser recebida, ante a falta do interesse processual. Não fosse assim, não teriam sentido os arts. 12, 16, 18, 27, 39, § 5º, e 47 do CPP. Sem esses elementos de convicção, não é possível a propositura da ação. Falta o interesse de agir. É verdade que esse interesse está implícito em toda acusação, pois sem a denúncia ou queixa, o titular do direito de punir não poderá conseguir a inflicção da pena. Mas ele não se

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

esgota aí. É indispensável haja nos autos do inquérito ou peças de informação, ou na representação, elementos sérios, sensatos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios mais ou menos razoáveis de que o seu autor foi a pessoa apontada nos autos do inquérito ou peças de informação. Não houvesse necessidade desses elementos, para que serviria o inquérito?’ (grifei)

Registre-se, ainda, no ponto, a lição do saudoso JÚLIO FABBRINI MIRABETE (‘Código de Processo Penal’, p. 188, 7ª ed., 2000, Atlas), que, no tema, expende as seguintes considerações:

‘Tem incluído a doutrina entre as causas de rejeição da denúncia ou da queixa, por falta de condição exigida pela lei (falta de interesse de agir), a inexistência de indícios no inquérito ou peças de informação que possam amparar a acusação. É realmente necessário que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova para que a ação penal tenha ’ condições de viabilidade, caso contrário não há justa causa para o processo. Só há legitimação para agir no processo penal condenatório quando existir o fumus boni juris que ampare a imputação. Tem se exigido, assim, que a inicial venha acompanhada de inquérito policial ou prova documental que o supra, ou seja, de um mínimo de prova sobre a materialidade e autoria, para que se opere o recebimento da denúncia ou da queixa, não bastando a simples versão dada pelo ofendido.” (grifei)

Foi certamente apoiado nesse magistério doutrinário que o Supremo Tribunal Federal, ao proferir decisão no Inq 1.766/DF, Rei. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 182/462, 467-468), acolheu, como razão de decidir, a promoção do Ministério Público Federal, da lavra do então Vice-Procurador-Geral da República, o eminente Dr. HAROLDO FERRAZ DA NÓBREGA, que assim apreciou a questão da imprescindibilidade, mesmo para a instauração preliminar da persecução penal em juízo, de existência de um mínimo suporte probatório:

‘Não há justa, causa, para o oferecimento da queixa-crime, que

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

está desacompanhada de qualquer elemento de prova.

.....
No caso, evidentemente, para que pudesse ter viabilidade, deveria estar a Inicial embasada em inquérito policial ou em prova documental.

Sem dúvida, o recebimento de qualquer denúncia ou queixa-crime, contra qualquer pessoa, pelos transtornos que acarreta a sua honra e liberdade, exige um mínimo de prova a respaldar a acusação. (...).’
(grifei)

A impossibilidade de se Instaurar, em juízo, a ‘persecutio criminis’, sem que a acusação penal tenha por suporte elementos de convicção consistentes e satisfatórios, reveladores de indícios suficientes da materialidade e autoria do fato delituoso, foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inq 2.033/DF, Rei. Min. NELSON JOBIM, em decisão que restou consubstanciada em acórdão assim ementado:

‘INQUÉRITO. CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL. RECEBIMENTO DE QUEIXA-CRIME. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS DE PROVA. QUEIXA-CRIME REJEITADA.

Para o recebimento de queixa-crime é necessário que as alegações estejam minimamente embasadas em provas ou, ao menos, em indícios de efetiva ocorrência dos fatos. Posição doutrinária e jurisprudencial majoritária.

Não basta que a queixa-crime se limite a narrar fatos e circunstâncias criminosas que são atribuídas pela querelante ao querelado, sob o risco de se admitir a instauração de ação penal temerária, em desrespeito às regras do indiciamento e ao princípio da presunção de inocência.

Queixa-crime rejeitada.’ (grifei)

No caso destes autos, não posso deixar de reconhecer a falta de

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

justa causa ao oferecimento da presente denúncia, que deixou de ser instruída com elementos probatórios mínimos, necessários a respaldar, em sede de sumária cognição, as alegações unilaterais e isoladas de uma única testemunha, cujo depoimento revelou-se contraditório e inseguro."

A tônica da propalada atipicidade da conduta atribuída ao ora paciente resume a definir se a simples emissão do parecer jurídico n.004/2013, favorável ao prosseguimento do processo de adesão ao certame solicitado pela e. Câmara Municipal de Cuiabá, passando por vícios gravíssimos, poderia ser considerado, por si só, ato doloso característico da imputação concernente ao crime de peculato e formação de quadrilha.

O argumento dos impetrantes concerne ao ângulo da inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações, de acordo com a previsão do art. 133 da CF, que, em tese, estaria a amparar a ausência de tipicidade da conduta a ele imputada.

Nesse aspecto, como cediço, a Constituição Republicana, ao dispor sobre as funções essenciais à administração da Justiça, estabeleceu que o advogado é figura a ela indispensável, constituindo, assim, no caso, verdadeira garantia de imunidade ao exercício de seu múnus relevantíssimo para a sociedade, na medida em que seu papel de lutar, fiscalizar, argumentar direitos e garantias de outrem é que possibilita concretizar o exercício da jurisdição, considerada a "garantia das garantias".

De acordo com o escólio de Celso de Mello, *verbis*:

*"O **princípio da indispensabilidade** tem um conceito institucional. **Ele erige** a Advocacia à condição jurídica **de instituição essencial** à ativação da função jurisdicional do Estado, de órgão imprescindível à formação do Poder Judiciário **e**, também, de **instrumento indispensável** à tutela das liberdades públicas.*

*A **proclamação constitucional da inviolabilidade** do Advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, **traduz**, por isso mesmo, significativa garantia **do exercício pleno** dos relevantes encargos cometidos pela ordem jurídica **a esse indispensável** operador do direito" (cf.*

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

voto proferido perante o STF, no HC 98237/SP, 1ª Turma, j. 15/12/2009).

Contudo, ênfase que o argumento merece ser recebido e recepcionado com ressalvas, pois a prerrogativa em questão, a exemplo de outras garantias constitucionais, é apenas relativa, cedendo no caso da comprovada prática de crime doloso contra a administração pública, conforme estabelece a própria parte final do dispositivo da Constituição Federal, "*nos limites da lei*", pois, à toda evidência, nessa situação o advogado não está no regular exercício de sua profissão.

Consoante advertência feita pelo próprio decano da Suprema Corte, em reiteradas decisões do Pretório Excelso, "(...) *a garantia da intangibilidade profissional do Advogado não se reveste de caráter absoluto, eis que a cláusula assecuratória dessa especial prerrogativa jurídico-constitucional expressamente submete a sua prática aos limites da lei. Daí a advertência desta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.170/RS, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, no sentido de que 'A inviolabilidade a que se refere o art. 133 da Constituição Federal, e que protege o Advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão, encontra seus limites na lei, conforme dispõe aquele mesmo preceito, e, assim, se comete crime, por ele responde' (grifei). É de registrar, nesse ponto, com JOSÉ AFONSO DA SILVA ('Curso de Direito Constitucional Positivo', p. 504, 5ª ed., 1989, RT) - e na linha da orientação jurisprudencial já firmada por esta Corte -, que 'A inviolabilidade do advogado, prevista no art. 133, não é absoluta', eis que pressupõe o exercício regular e legítimo de sua atividade profissional, que se revela incompatível com práticas abusivas ou atentatórias à dignidade da profissão ou às normas ético-jurídicas que lhe regem o exercício (HC 75.783/DF, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - HC 80.881/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - HC 82.190/RN, Rel. Min. GILMAR MENDES)" (STF, 98237/SP).*

Nesse sentido estão os seguintes precedentes da Corte Suprema, dentre outros, a saber: HC 84446, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23/11/2004; HC 84107, Rel. Min. Carlos Velloso, 1º/6/2004; RE 585.901-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 21/9/2010.

Cumpre, assim, delimitar que a atuação do paciente no caso

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

concreto, concernente ao exercício de sua atividade laboral como Procurador-Chefe do Setor Jurídico da Câmara Municipal de Cuiabá, caracterizada pela emissão de parecer opinativo acerca da lisura e legalidade do procedimento licitatório e o acompanhamento da oitiva de vereadores da casa legislativa, demonstra, em princípio, incursão no âmbito da imunidade a que alude o art. 133 da CF, e art. 2º, § 3º, da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Advocacia).

A propósito, o disposto no art. 3º, § 1º, do Estatuto da Advocacia, inclusive é de luz solar ao esclarecer que os Consultores Jurídicos Municipais - como é o caso do paciente, por sua condição de Chefe da Procuradoria Jurídica da Casa de Leis de Cuiabá - sujeitam-se ao regime da Lei n.º 8.906/94, trazendo consigo a necessária observância das prerrogativas institucionais estabelecidas *a priori*.

De outro lado, a simples emissão de parecer opinativo, o acompanhamento da tomada de depoimentos de pessoas, não elucida, sequer à primeira aparência, nem abuso das prerrogativas inerentes à função profissional, nem o nexos de causalidade dessa conduta com o resultado efetivamente obtido com a incursão delitiva, que alude a ter participado dolosamente do desvio fraudulento de recursos da Câmara Municipal de Cuiabá encabeçado pelo então Presidente daquela Casa Legislativa, o ex-vereador João Emanuel Moreira Lima.

A pessoa apta a perpetrar a conduta típica penal, prevista no art. 312 do CP, é o agente ordenador de despesa competente para praticar o ato e não seu órgão consultivo. Eventual imputação ao parecerista somente se mostra possível sob o ângulo da norma de extensão descrita no art. 29 do CP, evidenciando a condição de partícipe, mediante auxílio, ajuste, cooperação ou outro modo de concerto de vontades que evidenciem dolo direto à prática delitiva, sendo impossível verificá-la somente pela constatação de prova desse fato ou abuso de alguma das prerrogativas profissionais insculpidas no art. 133 da CF e art. 2º do Estatuto da Advocacia, já que a função descrita no exórdio da peça acusatória menciona que ele apenas teria chancelado, com parecer jurídico, a lisura daquela contratação.

O Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo, entendeu que a fraude em licitações imputada ao parecerista somente pode ser evidenciada pela aplicação

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

da norma penal de subordinação mediata tipificada no art. 29 do CP, sendo, entretanto, "(...) *imprescindível a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do partícipe e a realização do fato típico.*" (STJ, HC 153.097/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, T5, j. 15/4/2010, DJe de 10/5/2010).

Nessa simetria:

"O advogado é inviolável pelas manifestações exaradas no exercício de sua profissão, nos termos do art. 13 da Constituição da República.

Exarando, Procurador do Município, parecer jurídico, atundo não com simples agente administrativo, mas com advogado que, no desempenho de sua funções, é inviolável em sua manifestações, mormente sendo seu parecer homologado pelo Órgão do qual pertence, inexistindo demonstração de ter agido em dolo ou culpa, não há justa causa para a continuidade da ação penal." (HC 43822/RS, Rel. Min. PAULO MEDINA, T6, DJU de 23/4/2007).

Cuida-se de conduta inerente ao múnus público, desenvolvida sem qualquer abuso ou ilegalidade aparente, que impede a subsunção ao preceito penal insculpido nos arts. 312 e 288, ambos do CP, como bem enfatizam os impetrantes.

Ante o exposto, dissentindo do parecer, *concedo a ordem* aviada em favor do *Dr. Rodrigo Terra Cyrineu*, qualificado, para o fim de determinar o trancamento da Ação Penal registrada sob a numeração única 9950-36.2014.811.0042 (código 369569), em trâmite perante o Juízo da Vara Especializada Contra o Crime Organizado, Crimes Contra a Ordem Tributária e Econômica, Crimes Contra a Administração Pública e Lavagem de Dinheiro da Capital, especificamente quanto à imputação de atribuir ao paciente participação nos crimes de quadrilha ou bando (art. 288, c/c art. 29, ambos do CP), bem como sucessivos crimes de peculato, modalidade desvio, em continuidade delitiva (312, *caput*, c/c art. 29, ambos do CP, por oito vezes, na forma do art. 71 do CP), relativamente ao pagamento de oito notas fiscais "frias", de conteúdo ideologicamente falso, emitidas pela empresa *Propel* à Câmara Municipal de

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA CAPITAL

Cuiabá, e um crime de peculato-furto (art. 312, *caput*, c/c art. 29, ambos do CP), referente ao pagamento de R\$130.434.46 à empresa *Propel*, desvinculado de qualquer serviço ou produto prestado à referida Casa de Leis, por absoluta ausência de tipicidade material da conduta, o que ora faço com adminículo no art. 397, inciso III, do CPP, determinando que em relação aos demais codenunciados a ação penal prossiga normalmente em seus ulteriores termos.

É como voto.

V O T O

EXMO. SR. DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA(1º VOGAL)

Senhor Presidente:

Vossa Excelência exauriu a matéria e realmente deixou muito claro que o paciente não pode ser criminalizado pelo fato de ter expedido um parecer, simplesmente afirmando que o Presidente da Câmara poderia aderir a uma carta convite, ato este já previamente ajustado pela Assembleia Legislativa.

Quer dizer: não se pode nem pensar em examinar as condições exógenas do primeiro ato; e, o segundo, da lavra do paciente, como Vossa Excelência também frisou, não tem cunho vinculativo, e, por conta disso, não pode ser objeto de ação criminal.

O Pleno, em caso assemelhados de Procuradores de Estado há poucos dias, anulou os indiciamento daqueles profissionais; Vossa Excelência não deve ter se reportado àqueles julgamentos, porque os acórdãos não foram publicados. Mas, por uma larga maioria de votos, os Desembargadores de Mato Grosso entenderam que não se poderiam criminalizar os Procuradores de Estado naquelas hipóteses, cujo entendimento também deve ser levado em conta agora na espécie em debate.

Então, para evitar ser tautológico, concedo a ordem de acordo com Vossa Excelência.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

V O T O

EXMO. SR. DES. RONDON BASSIL DOWER FILHO (2º
VOGAL)

Senhor Presidente;

Eminentes Pares;

Senhor Procurador; e

Douto Defensor:

Ouvi atentamente o voto Eminente Relator, que embora longo, como disse o Des. Luiz Ferreira da Silva, exauriu completamente a matéria.

Recebi também os memoriais do Dr. Ulisses Rabaneda, por quem nutro grande admiração; pela sua capacidade profissional e pela sua maneira de se relacionar com o Poder Judiciário e mesmo no seu meio social.

Li também, detidamente, todo o memorial e o submeti a minha assessoria com a recomendação de que tratasse da matéria com costumeiro cuidado, mas especialmente de uma maneira diferenciada, por se tratar de uma prerrogativa profissional, com a qual nós, como cidadãos, devemos nos preocupar ante os ataques como o que se tenta contra o Advogado Rodrigo Terra Cyrineu.

Pelo que pude apreender de tudo o que foi dito e também dos memoriais, o paciente teria participado de um evento delituoso, consistente na emissão de um parecer jurídico, no qual na qualidade de advogado, num procedimento administrativo que culminou na adesão por parte da Câmara Municipal de Cuiabá, à Ata de Registro de Preço nº 15/2012, que a Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso tratava com a Empresa Propel.

De sorte, que a análise jurídica realizada pelo advogado, ora paciente, teria sido nas palavras do Ministério Público, superficial e rasa, não se atentando às inúmeras irregularidades procedimentais, o que, revelaria o seu intuito de beneficiar o “bando” em seu propósito espúrio de assacar o erário.

De acordo com a impetração, são duas as teses: a primeira é

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

nulidade da decisão em que não se absolveu sumariamente o paciente, ante a ausência de fundamentação sobre as teses defensivas.

Muito embora respeite a jurisprudência mencionada pelo Eminentíssimo Relator, entendo que dispondo o art. 397 CPP, inciso III:

" Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

(...)

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime;"

Trata-se aqui de um julgamento antecipado da lide, em que se proporciona à parte a absolvição. Então, não posso concordar com a jurisprudência que diz que não há necessidade de uma decisão exauriente a respeito do prosseguimento do processo ou da declaração de não culpabilidade.

Esta fase processual, no meu modesto entendimento, é tão ou mais importante do que uma sentença final, já que o Processo Penal no Direito Brasileiro, por questões que não vem ao caso citar neste momento, é uma verdadeira "*via crucis*". O réu é punido pela demora processual, pela quantidade de recursos que podem ser utilizados, pelos vários graus de jurisdição e por todos os percalços que todo o advogado criminalista sabe de "cor e salteado", porque faz parte da sua lida diária.

Quando a magistrada de primeiro grau proferiu a sua decisão contra a qual se impetrou este *habeas corpus*, embora tenha resvalado nas razões que fundamentariam a absolvição, perdeu uma grande oportunidade de fazê-lo, porque ela disse claramente que foram dez irregularidades encontradas no procedimento de adesão e tendo havido a resposta à acusação, obviamente com as razões aduzidas pelo paciente, na sua decisão a magistrada não examinou especificamente cada uma delas, numa clara ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

Além disso, a magistrada diz, ainda, que não se pode simplesmente absolver o paciente nesse momento, diante das circunstâncias narradas na denúncia, já que o Ministério Público alega a reconhecida e a comprovada má-fé do

**TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL**

advogado. Isso é uma presunção! Porque o que existe nos autos, pode até ser chamado de falta de qualidade técnica no parecer, mas a má-fé só foi alegada pelo Ministério Público sem qualquer comprovação no processo. Diz ainda que embora seja cedo para afirmar que o advogado tenha agido mediante dolo, ora se é cedo para dizer que advogado agiu mediante dolo não poderia nem ter sido oferecida a denúncia! Onde está o elemento subjetivo do tipo? Você contará uma historinha para tentar provar o dolo?

Um dos requisitos da ação é que esteja pelo menos provada a existência do crime. Esta, por sua vez, prevê a descrição do tipo penal com o dolo. Fora isso, não há como você iniciar uma ação penal principalmente contra um membro da advocacia, que segundo a nossa Constituição Federal, art. 133, é indispensável à administração da justiça. Indispensável à administração da Justiça!

Vejam bem, não quero passar a impressão de que estou "chovendo do molhado", mas sem o advogado não se administra a justiça. O advogado, o promotor de justiça e o magistrado formam o tripé da administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão nos limites da lei.

Não quero fazer nenhuma referência à capacidade ou à incapacidade do advogado na elaboração do seu parecer técnico, mas se houve erro grosseiro ou se houve um parecer superficial e raso, como disse o Ministério Público, isso não é crime.

Agora, submeter um membro indispensável à administração da justiça a uma investigação, que não tem, desde já, demonstrado, pelo menos indícios de que haveria crime, para mim, há evidente constrangimento ilegal.

Entendo que essa preliminar da nulidade da decisão em que não se absolveu sumariamente o paciente - ausência de fundamentação sobre as teses defensivas - acaba confundindo-se com o mérito, porque ela ataca essa decisão a que eu me referi e nesta decisão há uma clara referência ao fato do advogado ter alegado que não participou do crime e em razão disso, não ter participado, é que vejo a confusão com o mérito, porque se trata exatamente de estabelecer se a conduta é criminosa ou não.

Não vejo ainda que fosse considerada crime a conduta atribuída

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

ao paciente, o nexo de causalidade. Onde este parecer feito pelo advogado contribuiu para que a Câmara aderisse à Assembleia Legislativa no contrato que fazia com a Empresa Propel? Qual foi a consequência do teor deste parecer na decisão da autoridade que praticou o ato administrativo? Isso não consta da denúncia.

Então, Eminentes Pares, Douto Advogado e Eminente Órgão Ministerial: sem nexo de causalidade não há como se atribuir ao paciente à responsabilidade penal, pela emissão de um parecer que é meramente opinativo. A autoridade pública aceita ou não o teor do parecer?

Quero ainda me referir e já concluindo, a importância que a nossa legislação confere ao trabalho do advogado, não só pelo que consta da Constituição Federal, já mencionada por mim, como também pelo que está disposto no art. 261, do Código de Processo Penal diz o referido artigo que:

"Art. 261 - Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

Se começarmos a relativizar a importância do advogado na defesa dos interesses das partes perante a justiça, o que será de nós? Se quem falará por nós não será livre para dizer o que pensa, ainda que de maneira equivocada... Que condições os representados terão de dizer que tiveram o direito ao devido processo legal?

Com essas breves considerações, pedindo também vênias por ter me estendido ao proferir voto oral, encaminho-o, em parte de acordo com o voto do Eminente Relator e concedo a ordem para trancar a ação penal.

É como voto.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

MANIFESTAÇÃO(ORAL)

O SR. DR. ULISSES RABANEDA - ADVOGADO

Senhor Presidente.

Se Vossa Excelência me permitir até quebrando o protocolo, gostaria de convidar os colegas advogados para recebermos de pé o resultado deste julgamento, por conta da dimensão das palavras de Vossas Excelências e da importância deste julgamento, não para um advogado, mas para toda advocacia de Mato Grosso e do Brasil pelo que aqui foi consignado.

MANIFESTAÇÃO(ORAL)

EXMO. SR. DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA
(PRESIDENTE)

Proclamo o resultado: "a Câmara à unanimidade rejeitou a denúncia contra o paciente Rodrigo Terra Cyrineu, determinou o trancamento da ação penal. O parecer era pela denegação."

MANIFESTAÇÃO(ORAL)

O SR. DR. ULISSES RABANEDA - ADVOGADO

Obrigado, Excelência.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS Nº 157630/2014 - CLASSE CNJ - 307 - COMARCA
CAPITAL

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência do DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA, por meio da Câmara Julgadora, composta pelo DES. JUVENAL PEREIRA DA SILVA (Relator), DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA (1º Vogal) e DES. RONDON BASSIL DOWER FILHO (2º Vogal convocado), proferiu a seguinte decisão: **CONCEDEU A ORDEM PARA TRANCAR PARCIALMENTE A AÇÃO PENAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

Usou da palavra o Sr. Dr. Ulisses Rabaneda dos Santos.

Cuiabá, 28 de janeiro de 2015.

DESEMBARGADOR JUVENAL PEREIRA DA SILVA- RELATOR

PROCURADOR DE JUSTIÇA