

Apelação Criminal n. 2012.075265-6, da Capital

Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A HONRA. CALÚNIA (ART. 138, CAPUT, C/C O ART. 141,II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA.

PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE DOLO. INADIMISSIBILIDADE. ADVOGADO QUE IMPUTOU À MAGISTRADO A PRÁTICA DE CRIMES DE PREVARICAÇÃO E DESOBEDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDICASSEM A VERACIDADE DAS IMPUTAÇÕES. DOLO ESPECÍFICO DE CALUNIAR EVIDENCIADO NO CONTEXTO FÁTICO. ACUSAÇÕES SÉRIAS E FORMALIZADAS POR INTERMÉDIO DE PETIÇÃO ESCRITA E DIRECIONADA A PROCESSO JUDICIAL. VÍTIMA QUE EFETIVAMENTE SENTIU-SE AFETADA EM SUA HONRA. AVENTADA IMUNIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO, COM FUNDAMENTO NOS ARTS. 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 7º, § 2º, DO ESTATUTO DA ADVOCACIA. PRERROGATIVA QUE NÃO É ABSOLUTA E, ADEMAIS, NÃO COMPREENDE O CRIME DE CALÚNIA. EXCESSO PUNÍVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2012.075265-6, da comarca da Capital (4ª Vara Criminal), em que é apelante X, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas de lei.

O julgamento, realizado no dia 19 de março de 2013, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 27 de março de 2013.

Leopoldo Augusto Brüggemann

Relator

RELATÓRIO

Na comarca da Capital, o Ministério Pùblico do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra um advogado, dando-o como incuso nas sanções do art. 138, *caput*, art. 140, *caput*, c/c o art. 141, II, na forma do art. 70, todos do Código Penal, pela prática das condutas assim descritas na inicial acusatória:

No início do mês de setembro de 2009, o denunciado, na qualidade de advogado, ao peticionar nos Autos n. 023.07.131029-3, em tramitação na Vara Bancária da Capital, injuriou e caluniou a vítima, juiz de direito daquele Juízo, sempre em face da função exercida por esta.

I – Assim foi que o denunciado injuriou a Vítima, ofendendo-lhe a dignidade, ao afirmar que ela teria "*chamado a JUSTIÇA GAÚCHA DE TRIBUNAL DE EXCEÇÃO, desrespeitando acórdãos, agravos, decisões de juízes preventos, juízes togados que estão sendo comunicados*" (fl. 10-IP), o que não era verdade.

II – No mesmo documento, o denunciado caluniou a Vítima ao afirmar que esta praticou o crime de "*desobediência em concurso com o delito de prevaricação por obstar acórdão judicial, revogar decisão de juiz prevento, por desrespeitar a classe pela qual pertence o responsável, ordens judiciais, denegrir procuradores em público*" [sic] (fl. 11 do IP), bem como ao afirmar que a Vítima estaria "*supostamente alterando e ocultando andamentos processuais cuja a natureza seja de atos públicos determinando apreensão de veículos arbitrariamente*" [sic] (fl. 11 do IP), de forma a imputar ao Ofendido, falsamente, fatos definidos como crimes (fls. II-III).

Concluída a instrução do feito, a denúncia foi julgada parcialmente procedente para: a) absolver o acusado da imputação do crime previsto no art. 140, *caput*, c/c o art. 141, II, ambos do Código Penal, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal; e, b) condenar o acusado às penas de 8 (oito) meses de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, em seu mínimo legal, por infração ao disposto no art. 138, c/c o art. 141, II, ambos do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente na prestação pecuniária (fls. 117-126).

Interpostos embargos de declaração (fls. 129-135), estes foram conhecidos, contudo, rejeitados (fls. 137-138).

Irresignada, a defesa apresentou recurso de apelação, no qual pugnou a absolvição de seu defendido, por sustentar a ausência de dolo em sua conduta e, por outro viés, por ter o mesmo agido sob o manto da imunidade profissional, com fulcro no art. 133 da Constituição Federal e art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) (fls. 159-163).

Juntadas as contrarrazões (fls. 168-170), ascenderam os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Norival Acácio Engel, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 176-181).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra decisão que julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou o réu às sanções previstas pelo art. 138, *caput*, c/c o art. 141, II, ambos do Código Penal.

O apelo é de ser conhecido, porquanto presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Insurge-se a defesa quanto à condenação do acusado pelo crime de calúnia praticado contra funcionário público, *in casu*, juiz de direito, por sustentar a inexistência de dolo em sua conduta não possuía intenção de ofender a honra do magistrado – e por enfatizar que suas palavras estão acobertadas pela imunidade, conforme previsão do art. 133 da Constituição Federal e art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994.

Sem razão o inconformismo.

A materialidade do crime vem estampada pelos documentos constantes no Inquérito Policial n. 475/2009, fundamentalmente na petição de fls. 9-12 e na representação de fls. 6-8.

A autoria delitiva também não suscita maiores dúvidas, uma vez que o recorrente admite que foi ele o autor das palavras ditas ofensivas, expressadas por intermédio de petição dirigida aos autos n. 023.07.131029-3, onde figurava na qualidade de advogado e a vítima na condição de juiz da causa.

O cerne da controvérsia reside, pois, na tipicidade delitiva, por sustentar a defesa a ausência do dolo específico necessário à configuração do crime (especial intenção de ofender), tal como por alegar ter o acusado agido sob o escudo da imunidade profissional.

Neste contexto, oportuno, *prima facie*, delinear o tipo penal imputado ao recorrente.

Textua o art. 138 do Código Penal:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Lecionando acerca de tal conduta delitiva, esclarece Guilherme de Souza Nucci:

Análise do núcleo do tipo: caluniar é fazer uma acusação falsa, tirando a credibilidade de uma pessoa no seio social. Possui, pois, um significado particularmente ligado à difamação. [...] o Código Penal exige que a acusação falsa realizada diga respeito a um fato definido como crime. [...] Atinge a honra objetiva da pessoa, atribuindo-lhe o agente um fato desastroso, no caso particular, um fato falso definido como crime (*Código penal comentado*. 10 ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 704).

E mais adiante, acerca do dolo específico, menciona:

Elemento subjetivo do tipo: pune-se o crime quando o agente agir dolosamente. Não há a forma culposa. Entretanto, exige-se,

majoritariamente (doutrina e jurisprudência), o elemento subjetivo do tipo específico, que é a especial intenção de ofender, magoar, macular a honra alheia. Este elemento intencional está implícito no tipo. É possível que uma pessoa fale a outra de um fato falsamente atribuído a terceiro como crime, embora assim esteja agindo com *animus jocandi*, ou seja, fazendo uma brincadeira. Embora de mau gosto, não se pode dizer que tenha havido calúnia. O preenchimento do tipo aparentemente houve (o dolo existiu), mas não a específica vontade de macular a honra alheia (o que tradicionalmente chama-se 'dolo específico'). Em contrário, afastando o elemento subjetivo específico: 'Por si só, ou seja, por não ser mais do que uma expressão de gracejo, esse *animus* não pode nem deve prevalecer como elemento descaracterizador da ofensa. **É evidente. Se a pilhória alcança o indivíduo, digamos, com o qualificativo de velhaco, isto não quer significar simplesmente que ele esteja livre de sofrer um dano, ainda que não haja intenção afrontosa. Em poucas palavras, a ninguém é dado o direito de atingir a honra alheia, a pretexto de fazer pilhória, narrar fato, corrigir ao aconselhar, e depois pretender que sua conduta não havia o menor intuito de ofensa. No caso, o que deve ser considerado é o dano que a pessoa visada venha a sofrer'** (Walter Vieira do Nascimento, A embriaguez e outras questões penais, doutrina – legislação – jurisprudência), p. 41)" (NUCCI, op. cit., p. 705).

Pois bem.

Na petição acostada às fls. 9-12, firmada pelo denunciado, na qualidade de advogado, e direcionada aos autos n. 023.07.131029-3, em que a vítima atuava na condição de juiz da causa, consta os seguintes dizeres:

Consistindo o **suposto crime de desobediência em concurso com o delito de prevaricação** por obstar acórdão judicial, revogar decisão de juiz prevento, por desrespeitar a classe pela qual pertence o responsável, ordens judiciais, denegrir procuradores em público, que também estão tomando as medidas cabíveis.

Considerando as representações munidas por intermédio de provas em face deste juízo, supostamente alterando e ocultando andamentos processuais cuja a natureza seja de atos públicos determinando apreensão de veículos arbitrariamente (fl. 11 – grifou-se).

Diante de tais palavras expressadas, inegável que o acusado tenha imputado falsamente à vítima (pois sem qualquer suporte probatório que embasasse suas assertivas) fatos definidos como crimes (prevaricação e desobediência, arts. 319 e 330, ambos do Código Penal).

Neste contexto, a vítima, ao ser ouvida em juízo, mencionou que se sentiu ofendida com as falsas imputações a ela dirigidas no bojo do processo judicial, pois os termos utilizados foram ofensivos (CD de fl. 88).

Por sua vez, o acusado alegou em sua defesa (CD de fl. 88) que não possuiu intenção de macular a honra ou a dignidade da vítima, sustentando que utilizou muitas vezes a expressão "suposto" antes de mencionar a imputação atribuída, ponderando, outrossim, que só proferiu tais palavras pois estava no "calor da discussão profissional".

As escusas apresentadas pelo advogado, contudo, não possuem o condão de isentá-lo de sua responsabilidade.

A simples inclusão da palavra "suposto" antes do crime imputado, por si só não descaracteriza a conduta punível, uma vez que, no contexto em que os dizeres foram expressados, não diminuiu a gravidade e ofensividade das imputações.

Por outro viés, considerando que as palavras caluniosas foram materializadas por meio de petição escrita e direcionada a processo judicial, não há como admitir que o acusado imputou tais condutas ao magistrado, simplesmente porque estava "no calor da discussão".

O que se extrai do seio do processo é que as "acusações" expressadas na petição foram sérias, tratando-se de crimes graves (prevaricação e desobediência), sentindo-se a vítima deveras ofendida em sua honra objetiva.

Ademais, cumpre enfatizar, ainda que o denunciado estivesse correto nas teses por ele arguidas (foro privilegiado, diante da relação consumerista, bem como ofensa ao juiz natural), tal fato não legitimaria, de maneira alguma, a sua ação extremada de lançar acusações graves, que correspondem a crimes, no bojo de processo público em que atua na defesa de interesses de seu cliente.

Como bem explicitado na obra de Guilherme de Souza Nucci: "a ninguém é dado o direito de atingir a honra alheia, a pretexto de fazer pilharia, narrar fato, corrigir ao aconselhar, e depois pretender que sua conduta não havia o menor intuito de ofensa" (NUCCI, op. cit. p. 705).

Diante de tal contexto, o dolo específico do denunciado, correspondente na vontade de macular a honra do juiz de direito, restou plenamente evidenciado.

De outra banda, melhor sorte não socorre ao apelante quando sustenta que suas palavras estavam protegidas pela imunidade profissional.

De fato, tanto a Constituição Federal, em seu art 133, quanto o Estatuto da Advocacia, em seu art. 7º, § 2º, asseguram a inviolabilidade dos atos e manifestações do advogado no exercício de sua função, assim dispondo:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

Referida imunidade no exercício profissional, contudo, não pode ser tida como regra absoluta, de forma que o seu excesso é perfeitamente punível.

Aliás, tal prerrogativa sequer abrange a conduta de caluniar, consoante facilmente se percebe pela leitura do dispositivo legal contido no Estatuto da Advocacia, antes transscrito, o qual somente contempla os crimes de injúria e difamação.

Neste sentido, colhem-se o precedente da colenda Corte:

- 1. PENAL. QUEIXA CRIME. CALÚNIA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. PROPÓSITO DELIBERADO DE OFENDER. DIFAMAÇÃO. CRIMES DEVIDAMENTE CONFIGURADOS.**
- 2. DELITOS PERPETRADOS POR ADVOGADO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. INVIOLABILIDADE PROFISSIONAL QUE NÃO PODE SER INVOCADA. IMUNIDADE RELATIVA.**
- 3. A LEI PROTEGE A IMUNIDADE FUNCIONAL - AQUELA QUE GUARDA RELAÇÃO DE CAUSALIDADE COM A NOBILÍSSIMA ATIVIDADE DO ADVOGADO, NO ENTANTO NÃO CONSAGRA DIREITO DO CAUSÍDICO DE ULTRAPASSAR OS LIMITES DA LIDE, DEVENDO TODO EXCESSO SER PUNIDO.**
- 4. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À HONRA DE QUALQUER PESSOA. OFENSA GRATUITA NÃO FOI CONTEMPLADA PELO LEGISLADOR.**
- 5. AUTORIA DEMONSTRADA. CONDUTAS INDIVIDOSAMENTE TIPIFICADAS. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.**
- 6. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO (Resp n. 1180780/MG, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu MACABU, quinta turma, j. 15/02/2011 – grifou-se).**

E não é outro o entendimento deste Areópago:

HABEAS CORPUS. CALÚNIA E DIFAMAÇÃO PROFERIDA POR ADVOGADA CONTRA MAGISTRADO. PETIÇÃO SUBSCRITA PELA PACIENTE EM AUTOS DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA CÍVEL IMPUTANDO AO JUIZ, EM TESE, A PRÁTICA DE CRIME E FATO OFENSIVO À SUA REPUTAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. FATOS DESCritos QUE CONFIGURAM, EM TESE, OS DELITOS CAPITULADOS NOS ARTS. 138 E 139, AMBOS DO ESTATUTO REPRESSIVO. DENÚNCIA QUE PREENCHE

OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DA AUTORIA. **IMUNIDADE DO ADVOGADO NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO QUE NÃO É ABSOLUTA.** CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. O habeas corpus é o instrumento processual destinado a tutelar o direito de locomoção, descabendo o respetivo manejo com vistas ao exame aprofundando ou à discussão e valoração da prova, cujo rito angusto não comporta. "O trancamento da ação penal por falta de justa causa só se viabiliza quando, pelo exame da simples exposição dos fatos na denúncia, constata-se que há imputação de fato atípico ou ausência de qualquer elemento indiciário configurador da autoria (STJ - RHC 3008-9 - Rel. Vicente Leal - DJU 20.02.95, p. 3.212)" (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Choukr, Fauzi Hassan; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani, e Ninno, Wilson, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 1, 2^a tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 1225). **"III - A ofensa à honra do juiz da causa, consubstanciada na prática dos delitos de calúnia, injúria e difamação, não está acobertada pela imunidade judiciária prevista no art. 142, I, do CP, tampouco pelos preceitos inscritos nos arts. 133 da CF e 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94 (Precedentes)"** (HC n. 29001/SC, rel. Felix Fischer, j. em 21.10.03, disponível: <www.stj.jus.br> acesso em 21 jun. 2011). (Habeas Corpus n. 2011.038312-8, da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 21/06/2011 – grifou-se).

PROCESSUAL PENAL - [...] CRIME CONTRA A HONRA - CALÚNIA - ADVOGADO QUE ATRIBUI AO PROMOTOR DE JUSTIÇA A PRÁTICA DO DELITO DE PREVARICAÇÃO - IMPUTAÇÃO FALSA DE CONDUTA TIPIFICADA COMO CRIME COM O ÁNIMO EVIDENTE DE ATINGIR A HONRA E A IMAGEM DO REPRESENTANTE MINISTERIAL - DOLO ESPECÍFICO EVIDENCIADO - AVENTADO RECONHECIMENTO DE IMUNIDADE PROFISSIONAL - INOCORRÊNCIA - INAPLICABILIDADE AO DELITO PREVISTO NO ART. 138 DO CÓDIGO PENAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 7º, § 2º, DA LEI 8.906/94 - ATUAÇÃO DO AGENTE QUE, ADEMAIS, ULTRAPASSOU EM MUITO OS LIMITES TOLERÁVEIS DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA - EXCESSO QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO - CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] (Apelação Criminal n. 2006.023990-8, de São José do Cedro, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 27/02/2007 – grifou-se).

CRIMES CONTRA A HONRA - INJÚRIA E CALÚNIA - ADVOGADO QUE AGRIDE A HONRA DE MAGISTRADO - PRELIMINARES DE NULIDADE AFASTADAS - CRIMES CARACTERIZADOS - INOCORRÊNCIA DA IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 142, INC. II, DO CÓDIGO PENAL - PENA-

BASE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA E CORRETAMENTE APLICADA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

A imunidade do advogado contemplada no artigo 133 da Constituição Federal, não abrange, por óbvio, as ofensas irrogadas ao Juiz da causa, como também não alcança os crimes de calúnia, difamação e injúria. O nobre exercício da advocacia não pode acobertar palavras injuriosas e ofensas pessoais que não guardam relação à matéria discutida na causa, admitindo-se, inclusive a incidência dos artigos 69, 70 e 71 do Código Penal (Apelação Criminal n. 2004.013186-0, de Blumenau, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. 15/03/2005 – grifou-se).

In casu, verifica-se que o acusado manifestamente excedeu os poderes inerentes ao seu ofício de advogado, pois, como já dito, ofendeu gratuitamente a honra de magistrado, ao lhe imputar, no bojo de processo em que o ofendido figurava simplesmente como seu condutor, a prática de crimes graves, sem qualquer embasamento probatório, de maneira que extrapolou, e muito, os limites toleráveis do exercício da advocacia.

Diante de tais fatos, a conduta do denunciado não pode ser acobertada pelo privilégio inerente à profissão.

Ex positis, agiu acertadamente o magistrado ao condenar o acusado pelo delito previsto no art. 138, cumulado com o art. 141, II, ambos do Código Penal, razão pela qual o apelo não merece guarida desta Corte.

No mais, cumpre mencionar que não há reparos a ser realizado, de ofício, na dosimetria da pena, pois corretamente sopesada.

A comarca de origem deverá promover a comunicação à vítima, em observância ao art. 201, § 2º, do Código de Processo Penal.

Em decorrência, vota-se pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o voto.