

DECISÃO

RECLAMAÇÃO. PROCESSUAL PENAL. ALEGADA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL: INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO DE AUTORIDADE SUJEITA À JURISDIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NOS TERMOS DO ART. 105, INC. I, AL. C, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECLAMAÇÃO E HABEAS CORPUS AOS QUAIS SE NEGA SEGUIMENTO. MEDIDA LIMINAR PARA, EM HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO, SUSPENDER A EXECUÇÃO DEFINITIVA DA PENA IMPOSTA À RECLAMANTE ATÉ O JULGAMENTO FINAL DESTE PROCESSO.

Relatório

1. Reclamação, com requerimento de medida liminar, ajuizada por Karla Cecília Luciano Pinto, em 18.5.2016, contra decisão proferida na Apelação Criminal n. 035080219088 pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, mantenedora de “sentença exarada pelo r. Juízo da Vara Criminal de Vila Velha – ES, no que se refere a sua condenação pela prática dos crimes de denúncia caluniosa e difamação, a pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, mesmo havendo manifesto interesse da Magistratura na Ação Penal em razão da admissão da ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESPIRITO SANTO – AMAGES como Assistente de Acusação”, desrespeitando e usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal.

O acórdão do julgamento reclamado tem o seguinte teor:

“EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES DE CALÚNIA, INJÚRIA E DIFAMAÇÃO: NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELO

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. APELAÇÃO SUPLETIVA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO DESPACHO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, DE INÉPCIA E DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADAS. MÉRITO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUANTO AOS DELITOS DE DENÚNCIA CALUNIOSA E INJÚRIA. EXCLUSÃO DO CAPÍTULO ATINENTE À REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE CALÚNIA. RECURSO DOS RÉUS PARCIALMENTE PROVIDOS. RECURSO DA ACUSAÇÃO DESPROVIDO.

I - A despeito de deter o assistente legitimidade e, em regra, interesse para interpor recurso de apelação, sua atuação nesta fase processual é eminentemente supletiva, de modo que, tendo havido impugnação da decisão por parte do Ministério Público, com idêntica abrangência, não se reconhece interesse ao Assistente. Haveria dualidade de recursos com o mesmo objeto.

II - Na esteira da orientação doutrinária e jurisprudencial, inclusive dos Tribunais Superiores, o despacho que formaliza o recebimento da denúncia, por sua natureza interlocutória simples, prescinde da fundamentação a que alude o art. 93, inciso IX da Constituição Federal, já que se trata de mero juízo de admissibilidade da pretensão deduzida na exordial acusatória.

III - A denúncia, a meu sentir, revelou-se clara quanto aos termos da acusação, permitindo à apelante o mais lido direito de defesa, circunstância que afasta a alegação de inépcia da inicial. Na hipótese de concurso de pessoas, em virtude do acolhimento da teoria monista pelo Código Penal, prescinde a acusação de narrar minuciosamente a conduta de cada um no evento delituoso, bastando que, de forma genérica, informe a presença de todos, bem como o liame subjetivo que os uniu na prática delituosa.

IV - Esgotados os prazos das partes, o juiz deve decidir a respeito da realização, ou não, das diligências requeridas, de acordo com a necessidade ou conveniência para o processo. O indeferimento, porém, não implica cerceamento de defesa, pois a necessidade ou conveniência da produção da prova fica ao prudente arbítrio do juiz.

V - Os elementos de prova comprovaram com a necessária segurança que os réus deram causa a procedimento na esfera administrativa, imputando aos Magistrados, expressamente, a prática dos delitos de corrupção de testemunha, autorização ilegal de interceptação telefônica, fraude processual e, implicitamente, corrupção, prevaricação, dentre outros. Tais procedimentos só não

foram adiante, culminando com o ajuizamento de ações penais, em virtude da inconsistência das acusações, restando nítido que os acusados, em verdade, estavam inconformados com as decisões proferidas nos autos da mencionada ação penal, além do desfecho dado ao processo com a sentença absolutória.

VI - Nesse contexto, não tenho dúvidas que o crime encontra-se configurado. Na acepção do doutrinador Rogério Sanches Cunha, "Consuma-se o delito com a iniciação das diligências investigativas (mais uma vez lembramos dispensar instauração de inquérito policial) ou dos demais procedimentos elencados nu caput" (Direito Penal parte especial- vol. 03 - p. 431).

VII - O elemento subjetivo do tipo, por sua vez, restou nítido diante das circunstâncias do caso, em que os réus imputaram a prática de diversos crimes sem sequer especificar as condutas criminosas dos Magistrados, a não ser a alegada prática de favorecimento à ré Adriana Tinti, cuja ligação com os mesmos nem sequer foi cogitada. Afirmaram a todo momento que as vítimas estariam coagindo testemunhas a depor em favor da então denunciada. Ocorre, contudo, que nem sequer indicaram qual a testemunha que havia sido coagida. A leviandade das acusações, analisada no contexto em que formuladas, permite concluir que os denunciados sabiam da inocência dos Magistrados, sem prejuízo do natural inconformismo com as decisões por eles proferidas.

VIII - O apelante foi muito além do autorizado pela legislação vigente, extrapolando os limites da imunidade garantida ao seu desempenho profissional. Dispondo de todo o tempo suficiente à reflexão e amadurecimento de seu pensamento, destemperou-se, redigindo e dando autenticidade às peças agressivas, não se tratando de ofensas fruto de incontinência verbal provocada por explosão emocional ocorrida em acirrada discussão.

IX- A imunidade profissional constante do artigo 133 da Constituição Federal c/c o artigo 7º, § 2º. da Lei 8906/94 não é absoluta, não tendo o condão de isentar o causídico de todo e qualquer ato de sua lavra. O livre exercício da profissão não pode ser invocado como escusa para a prática de ato ilícito. consistente na falsa imputação a alguém de conduta tipificada como crime ou mesmo ofensiva à sua reputação.

X - Irrelevante não ter um dos co-autores praticado nenhum ato material de execução dos crimes - Ocorrência da chamada divisão do trabalho, cabendo-lhe complementar com sua parte a execução da empreitada criminosa, passando a ter domínio funcional do fato.

XI - O artigo 387. IV do Código de Processo Penal, foi alterado pela Lei n.º 11.719/08, passando a dispor que o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Registro que a discussão acerca da natureza jurídica da norma supracitada - processual penal ou processual penal de efeito material - não é relevante para a solução da hipótese em apreço. Com efeito, restou evidenciada a ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, haja vista que os acusados, já devidamente citados, foram surpreendidos pelo advento da aludida norma, que entrou em vigor no dia 22/08/2008, não lhes sendo oportunizado o direito de produzir eventuais provas que pudessem interferir na convicção do julgador no momento da fixação do valor mínimo para a reparação dos danos. Ademais, constam dos autos cópias de sentenças proferidas no âmbito dos Juizados Especiais tendo por objeto justamente a condenação da apelante ao pagamento de indenização por danos morais. aparentemente em virtude dos mesmos fatos que ensejaram o ajuizamento da presente ação penal, de modo que a condenação, nos moldes em que proferida, poderia implicar em verdadeiro "bis in idem".

XII - Sendo a calúnia crime menor, fica abrangida pela denúncia caluniosa, que é crime maior, em virtude de estarem fundados em um mesmo fato. Uma é excludente da outra. Tanto é assim que o delito de denúncia caluniosa, classificado como crime complexo, em sentido amplo, resulta da junção do ato de caluniar mais a comunicação à autoridade. Na calúnia, o sujeito ativo apenas atribui ao sujeito passivo a prática de um fato definido como crime. Na denúncia caluniosa, vai além. Não somente atribui à vítima, falsamente, a prática de uma infração penal como ainda leva esse fato ao conhecimento da autoridade, provocando, então, a instauração de inquérito policial investigação administrativa contra o sujeito passivo. E esta última seria a hipótese dos autos, de tal modo que a verificação, em tese, do delito de denúncia caluniosa, afasta o crime contra a honra, que por aquele fica absorvido.

XIII - Estando as penas aplicadas de forma correta. obedecidos que foram os requisitos legais, não podem ser tidas como exacerbadas, mas suficientes e necessárias à repressão e prevenção de outros delitos. Nota-se claramente que o Magistrado seguiu de forma correta e fundamentada o sistema trifásico, constante do artigo 68, do Código Penal.

XIV Recurso da ré Ana Karla Cecília parcialmente provido. Recurso do réu Marcos Valéria e do Ministério Público Estadual

desprovidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Acorda a 2ª Câmara Criminal, à unanimidade, acolher a 1ª preliminar suscitada de ofício para não conhecer do recurso interposto pelo assistente da acusação; rejeitar a 2ª, 3ª e 4ª preliminares arguidas e, no mérito, por igual votação, dar parcial provimento ao recurso interposto por Karla Cecília Luciano Pinto e negar provimento ao recurso de Marcos Walerium Tinti e do Ministério Público Estadual, nos termos do voto do eminente Relator.” (Evento n. 13, fls. 45-48).

2. No Evento n. 1 (fls. 1-18), a Reclamante alega contrariado “*frontal e diretamente o disposto na Constituição Federal, em seu artigo 102, inciso I, “n” e artigo 5º, LIII e LXI, uma vez que usurpa a competência originária do STF em processar e julgar a Ação Penal em questão, face ao evidente interesse de toda a magistratura e/ou pelo fato de que mais da metade dos Membros do TJ/ES são impedidos/suspeitos por fazerem parte da AMAGES e terem assim interesse direto na procedência da ação penal em questão”.*

Sustenta que a “*Reclamação é tirada com base no artigo 102, inciso I, “I” da CF visando preservar a competência constitucional originária do STF, para que a Reclamante seja originariamente processada e julgada perante esse Egrégio Supremo Pretório, como de direito e justiça”.*

Sobre o contexto fático analisado na instância própria, tem-se no processo:

“A Reclamante foi condenada pelo r. Juízo da Vara Criminal de Vila Velha – ES, pela suposta prática dos crimes de denunciação caluniosa e difamação, a pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, na Ação Penal nº 035.07.019969-6 (em anexo), já havendo confirmação da dita condenação em Segunda Instância, razão porque, foi determinada sua prisão pelo r. Juízo Singular, cuja decisão e Mandado de Prisão seguem em anexo.

O Egrégio TJ/ES concedeu ordem de Habeas Corpus, determinando o encarceramento domiciliar da ora Reclamante, estando a advogada atualmente presa e recolhida em sua residência, no endereço retro declinado, nos termos da decisão ora colacionada.

A representação que ensejou o oferecimento da denúncia e processamento criminal da advogada ora Reclamante se deu em razão do seu exercício profissional na Ação Penal nº 035.030.208.900, em

curso também perante o r. Juízo da Vara Criminal de Vila Velha – ES.

Isto porque, no curso da referida Ação Penal, a advogada arguiu no interesse de seus constituintes e com base em indícios, suposta fraude quando da prolação da sentença, questionando, dentre outros aspectos, a atuação dos Magistrados CARLOS MAGNO MOULIN LIMA e FLÁVIO JABOUR MOULIN, tanto no âmbito do Conselho Nacional de Justiça – CNJ por meio de Representação, quanto perante a Corregedoria Geral de Justiça do TJ/ES com a apresentação de Correição”.

Assevera que “as sobreditas medidas foram arquivadas e não ensejaram qualquer punição aos Magistrados. No entanto, em razão dos questionamentos da ora Reclamante ao CNJ e Corregedoria do TJ/ES, os Juízes CARLOS MAGNO MOULIN LIMA e FLÁVIO JABOUR MOULIN apresentaram representação criminal por crimes contra a honra, bem como ajuizaram ações pleiteando indenizações por danos morais. (...) A denúncia contra a advogada foi recebida e instaurada a Ação Penal, cuja célere sentença a condenou pela prática de denúncia caluniosa e difamação a pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos de 02 (dois) meses de reclusão/detenção, em regime semiaberto.

O Ministério Público do Estado do Espírito Santo e a Assistente de Acusação AMAGES interpuseram Recursos de Apelação perante o E. TJ/ES, os quais não obtiveram êxito. A ora Reclamante também interpôs Recurso de Apelação, o qual foi parcialmente provido, somente “para o fim de excluir da sentença o montante fixado a título de reparação mínima dos danos civis, mantendo, outrossim sua condenação pela prática dos crimes de denúncia caluniosa e difamação, tipificados, respectivamente, nos artigos 339 e 139, do Código Penal Brasileiro.” (fls. 1375, autos de Ação Penal em anexo).

Ainda, a ora Reclamante e um corréu ingressaram com Recursos Especiais e Extraordinários perante os Tribunais Superiores, sendo que o ARE 948144 aguarda julgamento perante esta Corte. O STJ recentemente julgou o HC nº 339.782 impetrado em favor da ora Reclamante, concedendo a ordem para tão somente “reduzir a pena-base imposta a paciente pelo crime de denúncia caluniosa, tornando sua reprimenda definitiva, por esse crime, em três anos de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 30 dias multa, na razão mínima”, conforme decisão em anexo”.

Aponta a inobservância do art. 102, inc. I, al. n, da Constituição da República, porque, “durante o curso do Processo Crime em que a ora Reclamante é ré, retro mencionado, especificamente na fase de oitiva de testemunhas, a AMAGES – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO

ESTADO DO ESPIRITO SANTO apresentou requerimento para habilitação como Assistente de Acusação (petição de fls. 650 - autos de Ação Penal em anexo), do qual se depreende a seguinte fundamentação:

“Como consta do estatuto social da AMAGES, uma das suas principais finalidades da associação é a de “representar os associados, pugnando sempre pela defesa dos direitos E DOS LÍDIMOS INTERESSES DA CLASSE E PELO PRESTÍGIO DO PODER JUDICIÁRIO” (art. 1º, par. 2º, “a”).

Constitui, também, função magna da peticionária, “defender os direitos, as garantias, as autonomias, as prerrogativas, OS INTERESSES E AS REIVINDICAÇÕES DOS MEMBROS DA MAGISTRATURA” (art. 1º, par. 2º, “b”).

Ora, como consta da denúncia, os atos praticados pelos acusados são lesivos à DIGNIDADE DE MAGISTRADOS ESTADUAIS, ÀS SUAS PRERROGATIVAS E GARANTIAS, ALÉM DE ATINGIREM, EM LARGA ESCALA, A RESPEITABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO CAPIXABA.

Essas razões conferem à AMAGES a legitimidade para ingressar na ação penal, sobretudo porque, sob as vênias do artigo 3º do Código de Processo Penal, “a assistência de acusação, em nosso Direito Processual, não é um mero correlativo direto do direito à reparação do dano, eis que o ofendido intervém para reforçar a acusação pública, figurando em posição secundária o interesse mediato na reparação do dano causado pelo delito (Mirabete, Julio Fabrini. Processo Penal. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 348-71. (g.n.) “.

Afirma que “(...) o Ilustre Juiz de Direito ELIEZER MATTOS SCHERRER JUNIOR é Membro da AMAGES e também o 2º Vice-Presidente Tesoureiro (doc. junto), fazendo parte da Diretoria da Associação juntamente com os Juízes “vítimas” do presente caso, Drs. CARLOS MAGNO MOULIN LIMA e FLÁVIO JABOUR MOULIN.

(...) A AMAGES demonstra o manifesto interesse da Magistratura no presente caso ao atuar com empenho perante os Tribunais Superiores, sempre requerendo a urgência na tramitação do feito, conforme petições fls. 2232, 2278 e 2371, dos autos em apenso.

Ainda, no interesse da Magistratura, a AMAGES apresentou o petitório datado de 08.03.2016 (doc. junto), no qual requereu a prisão da Reclamante com base no novo entendimento exarado por esta Suprema Corte no HC 126.292, o que foi deferido pelo Juízo da Vara Criminal de Vila Velha”.

Requer, “em sede de liminar, a suspensão do curso do processo”, informando que “pende de julgamento o ARE 948144 perante esse E. Supremo

Tribunal podendo haver, até o julgamento definitivo desta Reclamação, trânsito em julgado” da condenação.

No mérito, pede

“(…) seja confirmada a liminar, julgando-se totalmente procedente a presente Reclamação, reconhecendo-se a competência originária do E. STF, em razão do disposto no artigo 102, inciso I, “n”, em suas duas hipóteses, face ao interesse de toda a magistratura e/ou pelo fato de que mais da metade dos Membros do TJ/ES são impedidos/suspeitos por fazerem parte da AMAGES e terem assim interesse direto na procedência da ação, cassando-se em definitivo os atos praticados pelas autoridades incompetentes com a anulação do processo ab initio, como de direito e justiça.

Ou então, ad argumentandum tantum, com base no disposto no artigo 5º, inciso LXVIII da CF e nos artigos 647, 648, III e VI e seguintes do CPP, espera seja conhecido do pedido como Habeas Corpus, ou ainda, seja concedida a ordem de ofício, com o reconhecimento das matérias retro expendidas, colocando-se a Reclamante em liberdade liminarmente e ao final, anulando-se o feito ab initio, como de direito ou justiça”.

3. Anote-se terem os subscritores da peça inicial se identificado como “Membros da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS CRIMALISTAS – ABRACRIM”, destacando que “(...) somente agora tomaram conhecimento de tão absurda e ilegal prisão imposta à advogada e, institucionalmente, não podem se calar e cancelar tão esdrúxula situação, que da maneira imposta a ora Reclamante extrapola o âmbito pessoal e se configura como ameaça ao livre exercício da advocacia, em especial da advocacia criminal e demonstra inequívoca tentativa de intimidação de toda uma classe”.

Examinados os elementos havidos nos autos, **DECIDO**.

4. No art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno deste Supremo Tribunal se dispõe que “o Relator poderá julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal”, como ocorre na espécie em exame.

5. Põe-se em foco na reclamação se a autoridade reclamada teria usurpado a competência deste Supremo Tribunal ao julgar apelação criminal interposta em ação penal pela qual a Reclamante foi condenada,

cujas vítimas são dois juízes de direito, e na qual atua como assistente da acusação a Associação de Magistrados do Espírito Santo.

6. A reclamação é instrumento constitucional processual posto no sistema como dupla garantia formal da jurisdição: primeiro, para o jurisdicionado que tenha recebido resposta a pleito formulado judicialmente e veja a decisão proferida afrontada, fragilizada e despojada de vigor e eficácia; segundo, para o Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. I, al. I, da Constituição da República) ou para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inc. I, al. f, da Constituição), que podem ter as respectivas competências enfrentadas e menosprezadas por outros órgãos do Poder Judiciário e a autoridade das decisões proferidas mitigada diante de atos reclamados.

Busca-se, pela reclamação, fazer com que a prestação jurisdicional mantenha-se dotada de vigor jurídico próprio ou que a competência do órgão judicial de instância superior seja resguardada.

Não se presta a reclamação, contudo, a fragilizar o rigor e a eficácia de decisões sem que se atenha à legislação processual específica.

7. Na Ação Originária n. 1.045-QO/GO, Relator o Ministro Ayres Brito (DJe 10.9.2004), ficou assentado que, *“para configurar-se a competência originária do Supremo Tribunal, pela citada alínea ‘n’, é preciso que haja a manifestação formal, de impedimento ou suspeição, por parte dos membros do Tribunal de origem, espontaneamente ou por efeito de ajuizamento da correspondente exceção”*.

Nesse sentido, também:

“A competência prevista no art. 102, I, n, da Constituição Federal se firma, apenas e tão-somente, quando os impedimentos ou as suspeições dos membros do Tribunal de origem tenham sido reconhecidos, expressamente, nas exceções correspondentes, pelos próprios magistrados em relação aos quais são invocados; ou quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as exceções, após esses magistrados as terem rejeitado, reconhecer situação configuradora de impedimento ou de suspeição, hipótese em que competirá à Suprema Corte julgar, originariamente, o processo principal (AO n. 1.517, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJe 28.11.2008).

No mesmo sentido, proferi decisão na Ação Originária n. 1.687, do Espírito Santo, na qual reconheci a competência do *“Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a Ação Penal n. 100110000302 (AP 623 STJ), nos termos do art. 102, inc. I, al. n, da Constituição da República”*, porque 13 dos 23 desembargadores que então compunham o Tribunal de Justiça daquele Estado *“se declararam suspeitos ou impedidos para atuar”* naquele processo.

8. Na espécie vertente, contudo, apenas um dos desembargadores integrantes do órgão julgador original, o Desembargador José Luiz Barreto Vivas, declarou suspeição (Evento n. 13, fl. 37).

Apesar da intervenção da AMAGES no feito, não ficou demonstrado interessar o deslinde da causa a todos os membros da magistratura ou que mais da metade dos membros do tribunal de origem seja direta ou indiretamente interessada, pelo que o recurso interposto pela entidade de classe não foi conhecido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, pela supletividade de sua atuação.

9. Não se demonstra presente qualquer das circunstâncias dos arts. 102, inc. I, als. *l* e *n*, da Constituição da República, autorizadas de reclamação para o Supremo Tribunal Federal, não configurando, portanto, situação de cabimento de reclamação.

Também ausente a hipótese de cabimento do *habeas corpus* alternativamente requerido, porque a “impetração”, se assim admitida, teria como objeto *“decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que julgou parcialmente procedente Recurso de Apelação interposto pela ora Reclamante”*, o que afrontaria à norma de competência estabelecida pelo art. 105, inc. I, al. *c*, da Constituição da República.

10. Consta da inicial que o *“STJ recentemente julgou o HC n. 339.782 impetrado em favor da ora Reclamante, concedendo a ordem para tão somente ‘reduzir a pena-base imposta [à] paciente pelo crime de denúncia caluniosa, tornando sua reprimenda definitiva, por esse crime, em três anos de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 30 dias multa, na razão mínima’”*.

Nessa decisão, o Relator do AgRg no *Habeas Corpus* n. 339.782 – ES, Ministro Rogerio Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, reconsiderou decisão monocrática pela qual indeferira liminarmente o

writ, admitindo-o, nos termos da ementa de fls. 4-6 do Evento n. 17:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. ASSISTÊNCIA EM HABEAS CORPUS. INVIABILIDADE. DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA. MATERIALIDADE E ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DEMONSTRAÇÃO SUFICIENTE NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME PROFUNDO DA MATÉRIA EM HABEAS CORPUS. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. ADVOGADO. PRERROGATIVAS. EXERCÍCIO LEGAL DE UM DIREITO. INVIABILIDADE. LIMITES. PENA. DOSIMETRIA. ADEQUAÇÃO. COAÇÃO EM PARTE RECONHECIDA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O habeas corpus representa instrumento processual de tutela de direito subjetivo público constitucional, consubstanciado no direito de ir e vir conferido a qualquer brasileiro ou estrangeiro que esteja em solo brasileiro, desfrutando, assim, de eminência ímpar e de premência em seu julgamento, incompatíveis com a intervenção de terceiros, em qualquer de suas modalidades, seja a favor ou contra o paciente, tanto que sequer previsto nas normas do Livro III, Título II, Capítulo X do Código de Processo Penal, que regulam o procedimento do mandamus.

2. Dispõe o art. 339 do Código Penal que incorre em denúncia caluniosa, crime previsto com pena de reclusão, de 2 a 8 anos, e multa, aquele que der “causa a instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente”. Na lição de Nelson Hungria (Comentários ao Código Penal, IX, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 458-466), agora extensível às investigações de cunho administrativo, correicionais, e de caráter civil: “[...] não é condição do crime a apresentação formal de denúncia ou queixa, bastando que se dê causa, mediante qualquer comunicação, por escrito ou oralmente, ainda que a simples investigação policial (mesmo que não revista o formalismo de inquérito policial propriamente dito)”.

3. Prática, portanto, o crime de denúncia caluniosa pessoa, inclusive o advogado, que, tendo ciência da inocência da vítima, imputa a ela a prática de diversos crimes supostamente cometidos no decorrer de instrução criminal na qual não teve seus interesses e/ou de seus clientes atendidos, levando o caso a conhecimento dos órgãos de correição local e nacional, desprovido de mínimo lastro probatório.

4. As prerrogativas conferidas para o bom desempenho da nobre

atividade da advocacia, embora tenham previsão constitucional e legal, encontram limites implícitos e explícitos no ordenamento jurídico, como a vedação ao abuso de direito, o respeito à honra objetiva e subjetiva, à dignidade, à liberdade de pensamento, à íntima convicção do Magistrado, à boa-fé subjetiva da parte ex adversa e à independência funcional do membro do Ministério Público que atua no caso.

5. É direito do advogado atuar em defesa de seu cliente e fazer uso de suas prerrogativas legais para tanto. Também é direito e dever do advogado lutar pela correta aplicação da lei e por um Poder Judiciário hígido, sem máculas, que confira aos jurisdicionados a confiança de serem submetidos ao devido processo legal se dele precisarem. Porém, assim como qualquer relação existente na sociedade, deve a atuação do advogado se cercar de decoro, ética, lealdade e boa-fé para com todos os sujeitos processuais.

6. Não há impedimento a que, sem agravamento da situação penal do réu, o tribunal ao qual se devolveu o conhecimento da causa, por força de recurso (apelação ou recurso em sentido estrito) manejado tão somente pela defesa, possa emitir sua própria e mais apurada fundamentação sobre as questões jurídicas ampla e dialeticamente debatidas no juízo a quo, objeto da sentença impugnada no recurso.

7. Embora não se obste que o tribunal, para dizer o direito, exercendo, portanto, sua soberana função de juris dictio, encontre motivação própria – respeitados os limites da pena imposta no juízo de origem, a extensão cognitiva da sentença impugnada e a imputação deduzida pelo órgão de acusação –, deve, ao rechaçar duas das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis à paciente, excluir a exasperação a elas correspondentes.

8. A culpabilidade, como medida de pena, nada mais é do que o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta, o que, in casu, ficou suficientemente demonstrado pela Corte capixaba, por meio de elementos concretos que, de fato, demonstram merecer a conduta da paciente uma maior reprovação pela valoração negativa dessa circunstância judicial. O mesmo se diga quanto às circunstâncias e às consequências do crime, pois, embora expostas de forma sucinta pela juíza sentenciante, foram adequadamente ponderadas pelo Tribunal de origem para tornar a conduta da paciente ainda mais censurável e merecedora de reprovabilidade maior extensão, não podendo, de fato ser afastadas.

9. No tocante à motivação do crime, entretanto, deve ser tal circunstância extirpada da pena, pois não basta dizer, como o fez a Magistrada natural, que "os motivos foram desfavoráveis". É mister a

demonstração da maior ou menor reprovação do móvel, do sentimento ou do interesse que levou a sentenciada à ação delitiva, e, nesse aspecto, olvidaram-se as instâncias ordinárias de fazê-lo.

10. Agravo regimental conhecido e provido. Ordem concedida para, reconhecida a violação do art. 59 do Código Penal, reduzir a pena-base imposta à paciente pelo crime de denúncia caluniosa, tornando sua reprimenda definitiva, por esse crime, em 3 anos de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 30 dias-multa, à razão mínima legal, devolvendo-se ao Juízo da Execução Penal a análise de eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva (s) de direito”.

11. Este Supremo Tribunal tem decidido ser possível, juridicamente, *habeas corpus* de ofício em matéria de fixação de regime inicial de cumprimento de pena apenas quando se comprovar ilegalidade ou teratologia (Rcl n. 17.573, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 15.8.2014), o que não se dá na espécie.

Entretanto, não obstante neste exame preambular, a exposição dos fatos e a verificação das circunstâncias presentes e comprovadas na ação não ensejem a concessão imediata do *habeas*, **há de se deferir a medida liminar para suspensão da execução definitiva da condenação.**

12. As razões da irresignação da Paciente são plausíveis. Em seu voto divergente, depois de pedir vista dos autos na Apelação n. 035080219088, interposta contra condenação imposta ao advogado João Eugênio Modenesi Filho, filho da Reclamante/Paciente, por haver subscrito a Exceção da Verdade n. 035080002484, apresentada pelo corréu Dório Antunes de Souza na Ação Penal n. 035070199696, objeto deste processo, o Desembargador Carlos Henrique Rios do Amaral observou:

*“Destaco, apenas a título de registro, que a condenação de um advogado a uma pena de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês, ainda que reduzida pelo nobre Relator para 2 (dois) anos e 1 (um) mês, **em muito me espanta**, principalmente quando aplicada a um profissional no simples exercício de seu **honesto ofício**. E digo isso porque integramos um órgão colegiado onde, costumeiramente, vemos **traficantes de drogas** condenados a uma pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, com a possibilidade, ainda, de fixação de regime aberto e substituição por restritiva de direitos.*

*Sendo assim, ousando discordar do distinto voto proferido pelo Eminentíssimo Des. Relator, **conheço do presente recurso para, no***

mérito, dar-lhe provimento, a fim de, a teor do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, julgar improcedente a pretensão punitiva estatal.

É como voto". (Evento n. 15, fl. 97)

Tem-se no voto condutor do Ministro Rogerio Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, em sede do AgRg no Habeas Corpus n. 339.782 – ES:

"Saliento, inicialmente, não desconhecer que o Superior Tribunal de Justiça, no mesmo caminho das mais recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, veda a utilização do remédio constitucional em substituição a recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial) ou à revisão criminal.

Contudo, desse entendimento ressalvam-se as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Assim, como advertido anteriormente, sensível a todas as questões envolvidas no caso, sobretudo ao fato de elas não haverem sido conhecidas por esta Corte Superior e à possibilidade, não do revolvimento fático-probatório, mas da constatação da ocorrência de constrangimento ilegal de que poderia estar sendo vítima a paciente, aferível por mero exame das provas carreadas na própria impetração, passo a examinar o conteúdo do habeas corpus.

(...)

A irresignação da parte ou de seu causídico com o desenrolar do caso deve ser formulada dentro dos meios impugnativos próprios e respeitados os limites de urbanidade que devem imperar em toda e qualquer relação social e profissional.

Não pode passar despercebido que tanto a paciente quanto aqueles que agiram em seus interesses perderam vários prazos processuais, deixaram de tecer arrazoados pertinentes com a via de irresignação eleita e utilizaram-se de meios diversos e impróprios com o fim único – porque relatado em todos os petitórios constantes nos autos deste writ – de ver anulada ou cassada a sentença que absolveu a ex-esposa de seu cliente da imputação de abuso sexual contra seus quatro filhos, todos menores impúberes.

Por todo o exposto, não havendo teratologia ou constrangimento ilegal decorrente da condenação da paciente pelo crime de denúncia caluniosa, mantenho até aqui o que decidido pelas instâncias ordinárias.

V. Dosimetria da pena

Questiona a defesa, em sua impetração, a pena imposta à paciente em relação ao crime de denúncia caluniosa, tanto porque definitivamente fixada pela Juíza sentenciante em 4 anos e 6 meses de reclusão, somente atingindo o total de 5 anos e 2 meses em razão do concurso material entre esse crime e o de difamação (8 meses de detenção) – o que já mereceria um reexame acurado sobre os fundamentos utilizados para a exacerbação da pena nesse montante – quanto por haver afirmado a Corte capixaba, embora tenha negado provimento ao apelo da acusação, que a pena apenas pelo crime de denúncia caluniosa seria de 5 anos e 2 meses de reclusão, erro material que poderia ter sido corrigido em embargos declaratórios.

Assim colocada a situação, considero equivocado o processo de individualização da pena impingida à paciente, o que demanda seu reparo.

A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o quantum de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à reprovação do delito perpetrado.

V. a. Pena-base

Estabelecidas essas premissas, é de considerar que, para obter-se uma aplicação justa da lei penal, o julgador, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, há de atentar para as singularidades do caso concreto, devendo, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal. São elas: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima.

*Na hipótese dos autos, o Juízo monocrático considerou desfavoráveis à ré **seis circunstâncias judiciais**: sua culpabilidade, seus antecedentes, sua personalidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime. Assim, no que cabe ao crime de denúncia caluniosa, objeto destes autos, a pena-base da paciente passou de 2, mínimo previsto legalmente, para 4 anos e 6 meses – 2 anos e 6 meses acima do piso legal e, aparentemente, 5 meses para cada circunstância negativa.*

A culpabilidade foi avaliada negativamente em primeiro grau porque "restou evidenciada, eis que a conduta praticada por ela

apresenta significativo grau de reprovabilidade perante a sociedade". Os antecedentes "são maculados, ante a existência de outros registros criminais". A personalidade da paciente, segundo a juíza de primeiro grau, "apresenta inclinação para prática de ilícitos". Os motivos do crime "são desfavoráveis", as circunstâncias do delito "não lhe favorecem" e as consequências do crime porque "foram graves, tendo em vista a ampla violação à garantia da justiça".

*A Corte capixaba, ao reexaminar a dosimetria aplicada à paciente, tanto a seu pedido quanto a pedido da acusação, **afastou a valoração negativa dos antecedentes criminais e da personalidade**, contudo, entendeu escorreita a pena ao final fixada, nos seguintes termos (fl. 353-355, destaquei):*

Da simples análise do processo de individualização, observo que a maioria das circunstâncias constantes do art. 59 do Código Penal foram valoradas de forma negativa, tais como a culpabilidade, os antecedentes, as circunstâncias e consequências do delito, fato que legitima a fixação acima do mínimo legal, valendo lembrar que a pena do crime de difamação é de três meses a um ano e a do de denunciação caluniosa é de dois a oito anos.

(...)

*No caso em exame, a **culpabilidade dos apelantes**, entendida como **grau de reprovabilidade das condutas**, foi grave, tendo em vista que as ofensas foram direcionadas contra Juízes de Direito no exercício regular de suas funções. Externaram opiniões como se fosse a maior das verdades, colocando em dúvida o atuar dos Magistrados.*

*Não há nos autos prova de condenação com trânsito em julgado, de modo que **não se mostra possível considerar meros processos em andamento como maus antecedentes**.*

*A **personalidade dos acusados foi tida como inclinada para a prática de crimes**. Porém, ao se estudar a personalidade, devem ser lembradas as qualidades morais do delinquente, a sua boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo em relação à ordem social e seu temperamento. Também não devem ser desprezadas as oportunidades que o réu teve ao longo de sua vida e consideradas em seu favor uma vida miserável, reduzida instrução e deficiências pessoais que tenham impedido o desenvolvimento harmonioso da personalidade. Ademais, o conceito de personalidade como circunstância judicial diz respeito ao temperamento do agente, não se confundindo como os*

antecedentes criminais. Logo, entendo que, in casu, a motivação utilizada pelo Juiz não atendeu às expectativas do legislador, porquanto em nada se ateve aos requisitos atinentes à personalidade supramencionados, de forma que ela não pode ser tida como contrária à pretensão dos réus. As circunstâncias dos crimes e suas consequências foram sopesadas negativamente mediante motivação idônea. As condutas foram praticada contra duas vítimas, de modo que a acusação poderia, inclusive, ter aplicado a regra do concurso formal de crimes. As ofensas trouxeram descrédito não só para os Magistrados envolvidos como também para todo o Judiciário. O prejuízo é inestimável.

Tecidas essas considerações, em que pese a existência de uma ou outra circunstância tida como favorável ou desfavorável à defesa, entendo que as penas de 08 (oito) meses de detenção para o crime de difamação e 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses de reclusão para o crime de denúncia caluniosa, a serem cumpridas em regime semiaberto, atendem os critérios da necessidade e suficiência à prevenção e repressão dos delitos, não havendo motivos para qualquer modificação do julgado.

Por derradeiro, impossível reconhecer a atenuante da confissão em favor da apelante Karla Cecília, pelo simples motivo de não ter a mesma confessado em nenhum momento os delitos praticados, incluindo-se aí a intenção de difamar e de denunciar caluniosamente as vítimas.

Por todo o exposto, em consonância com a douta Procuradoria de Justiça, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, mantendo a absolvição dos réus da acusação da prática do crime de calúnia, tipificado no art. 138, do Código Penal.

Quanto às penas fixadas na sentença, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO DA ACUSAÇÃO, ASSIM COMO O DA RÉ KARLA CECÍLIA LUCIANO PINTO, mantendo incólume o montante fixado pelo Magistrado de origem.

*Dos trechos transcritos, observo que a Corte capixaba considerou desfavoráveis à paciente sua **culpabilidade e as circunstâncias e as consequências do crime** – três, portanto, das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal – não tecendo qualquer consideração a respeito da **motivação** do delito.*

(...)

Nesse sentido grassam diversos julgados dos tribunais superiores, notadamente em tema de **individualização da pena**, em que, não raro, o tribunal, **em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e de efeito devolutivo amplo**, encontra outros fundamentos em relação à sentença impugnada, não para prejudicar o recorrente, mas para manter-lhe a reprimenda imposta no juízo singular, **sob mais qualificada motivação**.

Assim, embora não se obste que o tribunal, para dizer o direito, exercendo, portanto, sua soberana função de juris dictio, encontre motivação própria – respeitados, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem –, **deveria, ao rechaçar duas das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis à paciente, ter excluído a exasperação a elas correspondentes**.

Com efeito, no caso dos autos, verifica-se que foi mantida a exasperação da pena-base em 2 anos e 6 meses acima do mínimo legal mesmo depois de afastadas duas das circunstâncias judiciais anteriormente reconhecidas como desfavoráveis à paciente (os antecedentes e a personalidade) e não sopesados os motivos que deram ensejo ao delito.

Não bastasse isso, **necessário analisar se, de fato, as circunstâncias judiciais sobejantes foram adequadamente negativas**.

Nesse ponto, entendo que a **culpabilidade**, como medida de pena, nada mais é do que o **maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta, o que**, in casu, ficou suficientemente demonstrada pela Corte capixaba, por meio de elementos concretos que, de fato, demonstram merecer a conduta da paciente uma maior reprovação pela valoração negativa dessa circunstância judicial.

O mesmo se diga quanto às circunstâncias e às consequências do crime, pois, embora expostas de forma sucinta pel[o] Juíz[] sentenciante, foram adequadamente ponderadas pelo Tribunal de origem para tornar a conduta da paciente ainda mais censurável e merecedora de maior reprovação, não podendo, de fato, ser afastadas.

No tocante à **motivação** do crime, entretanto, **deve ser tal circunstância afastada**, pois não basta dizer, como o fez a Magistrada de primeiro grau, que "os motivos foram desfavoráveis". É mister a demonstração da maior ou menor reprovação do móvel, do sentimento ou do interesse que levou a sentenciada à ação delitiva, e, nesse aspecto, olvidaram-se as instâncias ordinárias de fazê-lo adequadamente.

Persistem em desfavor da paciente, portanto, apenas três

circunstâncias judiciais: sua **culpabilidade**, as **circunstâncias** e as **consequências** do crime.

V. b. Atenuantes genéricas – confissão e/ou circunstância relevante anterior ao crime

Do exame dos autos não entendo que tenha a paciente, em momento algum, confessado, ainda que parcialmente, a prática delituosa ou mesmo que de tal confissão tenham sido extraídos elementos imprescindíveis à sua condenação.

Situação semelhante ocorre no tocante à atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal, pois não permite o ordenamento jurídico que a absolvição de um crime possa permitir o cometimento de outro.

Ademais, como bem salientado pela Corte capixaba (fls. 343-344):

A imunidade profissional constante do art. 133 da Constituição Federal c/c o art. 7º, § 2º, da Lei n. 8906/94 não é absoluta, não tendo o condão de isentar o causídico de todo e qualquer ato de sua lavra. O livre exercício da profissão não pode ser invocado como escusa para a prática de ato ilícito, consistente na falsa imputação a alguém de conduta tipificada como crime ou mesmo ofensiva à sua reputação.

VI. Nova dosimetria

Pesa contra a paciente a existência de três circunstâncias judiciais: sua culpabilidade e as circunstâncias e as consequências do crime.

O patamar utilizado pela juíza sentenciante deve ser mantido, uma vez que está em consonância com aquele permitido por esta Corte de Justiça – acréscimo de até 1/3 (1/6 da pena-base para cada circunstância judicial desfavorável) –, conforme reiterados julgados. (...)

Com essa compreensão, **mantidas três circunstâncias judiciais desfavoráveis**, fixo a pena-base da paciente, pelo crime de denunciação caluniosa, em **3 anos de reclusão**, a qual torno definitiva, à míngua de atenuantes, agravantes, causas de aumento ou de diminuição de pena, a ser cumprida no **regime semiaberto**, a teor do disposto no art. 33 do Código Penal, por ser necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção à reiteração delitiva. A fim de guardar proporcionalidade com a reprimenda privativa de liberdade ora determinada, também reduzo a pena pecuniária para **30 dias-multa**, à razão mínima legal.

Deixo, contudo, ao Juízo das Execuções Criminais – dado o

trânsito em julgado da condenação – a apreciação do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a fim de que esta Corte não incorra em supressão de instância.

VII. Dispositivo

À vista do exposto, dou provimento ao agravo e concedo a ordem para, reconhecida a violação do art. 59 do Código Penal, reduzir a pena-base imposta à paciente pelo crime de denunciação caluniosa, tornando sua reprimenda definitiva por esse crime em 3 anos de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, e ao pagamento de 30 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente”.

13. Reconhecidas circunstâncias judiciais favoráveis à Paciente, determinantes da redução da pena a patamar ao qual é possível a substituição determinada pelo art. 44 do Código Penal, em condenação por delito não cometido com violência ou grave ameaça, especialmente se, das três circunstâncias definidas como desfavoráveis, apenas duas incluídas entre as seis estabelecidas no inc. II do art. 44 daquela legislação penal, para aferição da suficiência e adequação da substituição.

O *periculum in mora* está demonstrado pela possibilidade de trânsito em julgado da decisão condenatória com o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 948.144, também da minha relatoria, o que conduziria à transferência da Paciente da prisão domiciliar para um estabelecimento penal do sistema penitenciário no juízo da condenação.

14. Pelo exposto, mais aprofundado exame da matéria será exposto no julgamento do mérito desta impetração.

Com fundamento no art. 193, II do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de ofício, defiro medida liminar para suspender a execução definitiva da pena imposta à Reclamante na Ação Penal n. 035070199696 (0019969-53.2007.8.08.0035/0001), até o julgamento do mérito desta impetração.

Remetam-se com o ofício, com urgência e por fac-símile ou outro meio eletrônico, cópia da presente decisão ao Juízo da Segunda Vara Criminal de Vila Velha/ES.

15. Suficientemente instruído o processo, vista ao Procurador-Geral

da República.

Publique-se.

Brasília, 2 de junho de 2016.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora