

15/12/2009

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 98.237 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
PACTE. (S) : SÉRGIO ROBERTO DE NIEMEYER SALLES
IMPTE. (S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
ADV. (A/S) : ALBERTO ZACHARIAS TORON
COATOR (A/S) (ES) : RELATORA DO HC Nº 129896 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E M E N T A: "**HABEAS CORPUS**" - **CRIMES CONTRA A HONRA - PRÁTICA ATRIBUÍDA A ADVOGADOS - REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR MAGISTRADO EM DECORRÊNCIA** DE MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL PRODUZIDA PELO PACIENTE (**E** POR SEU COLEGA ADVOGADO) **EM SEDE** DE RAZÕES DE APELAÇÃO - **PROTESTO E CRÍTICA** POR ELES FORMULADOS, **EM TERMOS OBJETIVOS E IMPESSOAIS, CONTRA** OS FUNDAMENTOS EM QUE SE SUSTENTAVA A DECISÃO RECORRIDA - **INTANGIBILIDADE PROFISSIONAL** DO ADVOGADO - **AUSÊNCIA** DO "ANIMUS CALUMNIANDI VEL DIFFAMANDI" - **EXERCÍCIO LEGÍTIMO**, NA ESPÉCIE, **DO DIREITO DE CRÍTICA**, QUE ASSISTE AOS ADVOGADOS EM GERAL **E QUE SE REVELA Oponível** A QUALQUER AUTORIDADE PÚBLICA, **INCLUSIVE** AOS PRÓPRIOS MAGISTRADOS - "ANIMUS NARRANDI VEL DEFENDENDI" - **CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO** DOS TIPOS PENAIIS - **ACUSAÇÃO** DEDUZIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO **QUE ATRIBUIU**, AOS ADVOGADOS, **A SUPOSTA PRÁTICA** DOS CRIMES DE CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA - DENÚNCIA **QUE EXTRAPOLOU OS LIMITES MATERIAIS** DOS FATOS NARRADOS PELO AUTOR DA REPRESENTAÇÃO (MAGISTRADO FEDERAL), **QUE PRETENDIA, UNICAMENTE, A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL** DOS ADVOGADOS PELO DELITO DE INJÚRIA - ATUAÇÃO "**ULTRA VIRES**" DO MINISTÉRIO PÚBLICO - **INADMISSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA** PARA A AÇÃO PENAL - **LIQUIDEZ** DOS FATOS - **POSSIBILIDADE** DE CONTROLE JURISDICIONAL **EM SEDE** DE "HABEAS CORPUS" - **EXTINÇÃO** DO PROCESSO PENAL DE CONDENAÇÃO - **AFASTAMENTO**, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, **NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA** DA SÚMULA 691/STF - "**HABEAS CORPUS**" **CONCEDIDO DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO** DOS SEUS EFEITOS AO CO-RÉU, **TAMBÉM ADVOGADO**.

REPRESENTAÇÃO E DENÚNCIA: LIMITAÇÃO MATERIAL QUE RESULTA DO FATO OBJETO DA DELAÇÃO POSTULATÓRIA.

- **O fato** que constitui **objeto** da representação oferecida pelo ofendido (**ou**, quando for o caso, por seu representante legal) **traduz** limitação material ao poder persecutório do Ministério Público, que **não** poderá, **agindo "ultra vires", proceder** a uma

HC 98.237 / SP

indevida ampliação objetiva da "delatio criminis" postulatória, para, desse modo, incluir, na denúncia, outros delitos cuja perseguibilidade, embora dependente de representação, não foi nesta pleiteada por aquele que a formulou. Precedentes.

- A existência de divórcio ideológico resultante da inobservância, pelo Ministério Público, da necessária correlação entre os termos da representação e o fato dela objeto, de um lado, e o conteúdo ampliado da denúncia oferecida pelo órgão da acusação estatal, de outro, constitui desrespeito aos limites previamente delineados pelo autor da delação postulatória e representa fator de deslegitimação da atuação processual do "Parquet". Hipótese em que o Ministério Público ofereceu denúncia por suposta prática dos crimes de calúnia, difamação e injúria, não obstante pleiteada, unicamente, pelo magistrado autor da delação postulatória (representação), instauração de "persecutio criminis" pelo delito de injúria. Inadmissibilidade dessa ampliação objetiva da acusação penal.

INVIOLABILIDADE DO ADVOGADO - CRIMES CONTRA A HONRA - ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO - O "ANIMUS DEFENDENDI" COMO CAUSA DE DESCARACTERIZAÇÃO DO INTUITO CRIMINOSO DE OFENDER.

- A inviolabilidade constitucional do Advogado: garantia destinada a assegurar-lhe o pleno exercício de sua atividade profissional.

- A necessidade de narrar, de defender e de criticar atua como fator de descaracterização do tipo subjetivo peculiar aos delitos contra a honra. A questão das excludentes anímicas. Doutrina. Precedentes.

- Os atos praticados pelo Advogado no patrocínio técnico da causa, respeitados os limites deontológicos que regem a sua atuação como profissional do Direito e que guardem relação de estrita pertinência com o objeto do litígio, ainda que expressem críticas duras, veementes e severas, mesmo se dirigidas ao Magistrado, não podem ser qualificados como transgressões ao patrimônio moral de qualquer dos sujeitos processuais, eis que o "animus defendendi" importa em descaracterização do elemento subjetivo inerente aos crimes contra a honra. Precedentes.

O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA E A NECESSIDADE DE RESPEITO ÀS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS DO ADVOGADO.

HC 98.237 / SP

- O Supremo Tribunal Federal tem proclamado, em reiteradas decisões, que o Advogado - ao cumprir o dever de prestar **assistência** àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado - converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja a instância de poder perante a qual atue, incumbe, ao Advogado, neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias - legais e constitucionais - outorgadas àquele que lhe confiou a **proteção** de sua liberdade e de seus direitos.

- O exercício do poder-dever de questionar, de fiscalizar, de criticar e de buscar a correção de abusos cometidos por órgãos públicos e por agentes e autoridades do Estado, inclusive magistrados, reflete prerrogativa indisponível do Advogado, que não pode, por isso mesmo, ser injustamente cerceado na prática legítima de atos que visem a neutralizar situações configuradoras de arbítrio estatal ou de desrespeito aos direitos daquele em cujo favor atua.

- O respeito às prerrogativas profissionais do Advogado constitui garantia da **própria** sociedade e das pessoas em geral, porque o Advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e liberdades fundamentais.

**CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO:
UMA EXIGÊNCIA INERENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

- O Estado não tem o direito de exercer, sem base jurídica idônea e suporte fático adequado, o poder persecutório de que se acha investido, pois lhe é vedado, ética e juridicamente, agir de modo arbitrário, seja fazendo instaurar investigações policiais infundadas, seja promovendo acusações formais temerárias, notadamente naqueles casos em que os fatos subjacentes à "persecutio criminis" revelam-se destituídos de tipicidade penal. Precedentes.

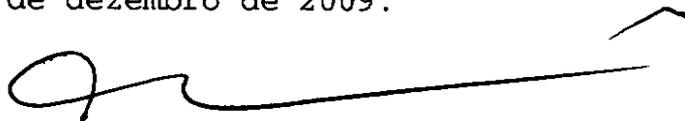
- A extinção anômala do processo penal condenatório, em sede de "habeas corpus", embora excepcional, revela-se possível, desde que se evidencie - com base em situações revestidas de liquidez - a ausência de justa causa. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexista qualquer situação de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal ou, até mesmo, à própria condenação criminal. Precedentes.

HC 98.237 / SP

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, **na conformidade** da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **superando** a restrição **fundada** na Súmula 691/STF, **em conceder**, de **ofício**, **ordem** de "habeas corpus" ao paciente Sérgio Roberto de Niemeyer Salles, **e**, por identidade de situação, **em estendê-la** ao co-réu Raimundo Hermes Barbosa, **nos termos** do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

Brasília, 15 de dezembro de 2009.



CELSON DE MELLO - RELATOR



15/12/2009

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 98.237 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
PACTE. (S) : SÉRGIO ROBERTO DE NIEMEYER SALLES
IMPTE. (S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS
DO BRASIL
ADV. (A/S) : ALBERTO ZACHARIAS TORON
COATOR(A/S) (ES) : RELATORA DO HC Nº 129896 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, assim resumiu e apreciou a presente impetração (fls. 315/328):

"PROCESSUAL PENAL. PENAL. DENÚNCIA QUE IMPUTA A ADVOGADO OS CRIMES DE CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA: 1) ATIPICIDADE DAS CONDUTAS; 2) AUSÊNCIA DO 'ANIMUS CALUNIANDI'. CONDOTA ACOBERTADA PELA IMUNIDADE JUDICIÁRIA; 3) DENÚNCIA QUE TERIA EXTRAPOLADO OS TERMOS DA REPRESENTAÇÃO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO 'HABEAS CORPUS'. SÚMULA 691. NO MÉRITO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. DISCURSO QUE ULTRAPASSOU OS LIMITES DA EXCLUDENTE DO ART. 142, INCISO I, DO CP. NÃO VINCULAÇÃO DO TITULAR DA AÇÃO PENAL À CLASSIFICAÇÃO DADA AO FATO PELO PRÓPRIO OFENDIDO. IRRELEVÂNCIA DE TER O OFENDIDO CONHECIMENTO JURÍDICO. TAL COMO O RÉU, POSSUIDOR DAS MAIS AMPLAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, O MP SE VINCULA AO FATO TRAZIDO E À VONTADE



HC 98.237 / SP

MANIFESTA DE VÊ-LO APURADO, NÃO À CLASSIFICAÇÃO DO FATO, DADA POR AQUELE QUE NÃO É O TITULAR DA AÇÃO PENAL.

1. Trata-se de 'habeas corpus' impetrado pelo CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, em favor de SÉRGIO ROBERTO NIEMEYER SALLES, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu pedido liminar em 'habeas corpus' (HC nº 129.896-SP) que, por sua vez, insurgia-se contra decisão denegatória de 'habeas corpus', proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

2. O paciente, advogado, foi denunciado pelo Ministério Público Federal, juntamente com Raimundo Hermes Barbosa, também advogado, pela prática dos crimes previstos nos artigos 138, 'caput', 139, 'caput' e 140, 'caput', todos c/c/ art. 141, inciso II, do Código Penal, em concurso formal (fls. 34/41).

3. A denúncia originou-se de representação oferecida por HÉLIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, Juiz titular da 9ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, que vislumbrou, nas razões da apelação apresentada pelos advogados representados, no bojo da ação penal de nº 2006.61.81.006922-1, que tramitara perante aquele Juízo, a prática de crime contra a sua honra (fls. 223/226).

4. Inconformada, a defesa impetrou 'habeas corpus' perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cuja ordem foi denegada, em decisão assim ementada (fls. 27/243):

'HABEAS CORPUS' - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL - CRIMES CONTRA A HONRA DE MAGISTRADO FEDERAL NO EXERCÍCIO DAS SUAS FUNÇÕES - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - PROVA OBTIDA MEDIANTE MEIO ILÍCITO - INOCORRÊNCIA - IMUNIDADE PROFISSIONAL DE ADVOGADO - EXCESSO - TIPCIDADE DA CONDUTA - DESCABIMENTO, NO 'WRIT', DE AVERIGUAÇÃO APROFUNDADA E VALORATIVA DAS PROVAS DO PROCESSO ORIGINÁRIO - CONHECIMENTO PARCIAL E DENEGAÇÃO DA ORDEM.

I - A Justiça Federal é competente para o processo e julgamento dos fatos imputados aos pacientes, pois da denúncia se extrai que todas as

HC 98.237 / SP

referências consideradas como ofensivas referem-se e são decorrência da atuação do magistrado federal no exercício de suas funções jurisdicionais no âmbito do processo penal originário, no qual os eminentes advogados, ora pacientes, atuavam na defesa do réu. Aplicação da súmula nº 147 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

II - Em se tratando de imputação de três infrações penais conexas, ainda que algum(uns) deles, isoladamente considerado(s), fosse(m) da competência do juizado especial federal (Lei nº 9.099/95), o processo deve se desenvolver sob o rito do procedimento ordinário, perante a justiça comum e com recurso ao Tribunal Regional Federal, conforme o procedimento do crime mais grave (no caso, o de calúnia).

III - Alegação de nulidade da ação penal porque teria sido instaurada mediante provas obtidas por meio ilícito (artigo 5º, LVI, da Constituição Federal), baseando-se o argumento na tese de que o processo originário (em que se deram as supostas ofensas contra o juiz) tramitava sob sigredo de justiça, sendo que ao proferir sua sentença o juiz termina seu ofício nos autos, de forma que não poderia mais ter conhecimento de qualquer ato do processo, por isso somente podendo receber cópias do feito mediante prévia autorização do Desembargador Federal relator do processo neste Tribunal, o que, no caso, não existiu, e conseqüentemente, as cópias extraídas pela senhora Procuradora da República oficiante em primeira instância por sua própria iniciativa, e ao juízo encaminhadas, devem ser consideradas como ilícitas e, assim, inadmissíveis para fundamentar a instauração da ação penal.

IV - Rejeição desta alegação porque: 1) como esclareceu o juízo impetrado, o sigilo processual decretado nos autos do processo penal originário tinha fundamento apenas na existência de provas especiais colhidas naqueles autos (as fiscais, bancárias e de comunicações), de forma que o sigilo não abrangia os demais atos e termos do processo, como as razões do recurso de apelação subscrita pelos advogados que aqui figuram como pacientes e na qual constam as supostas ofensas;

HC 98.237 / SP

2) ainda que se pudesse falar em sigilo de todo o processo, não há razoabilidade na tese de que o juiz de primeira instância estaria impedido de tomar conhecimento de qualquer termo processual após proferir sentença, pois não perde ele a condição de autoridade jurisdicional dentro daquele mesmo processo, tendo ainda inúmeras funções em sua condução (como processar os recursos, atender a requisições do tribunal, resolver questões incidentes, decidir questões ligadas a execução provisória da sentença condenatória, responder pelos seus próprios atos na condução do feito, etc), posição jurisdicional que bem se observa das recentes reformas processuais, especificamente ao alterar a redação do artigo 463 do Código de Processo Civil; 3) a conduta da Procuradora da República que atuou no processo originário (consistente em extrair cópias da peça recursal e encaminhá-las ao juízo federal ofendido para sua ciência), não configura qualquer ilicitude e nem estava condicionada a autorização do Desembargador Federal relator daquele feito no Tribunal, antes tendo atuado no estrito cumprimento do dever legal, pois o Ministério Público é instituição essencial à Justiça que goza de independência funcional e tem como suas atribuições a promoção da ação penal pública e o zelo pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (Constituição Federal, artigo 127, § 1º, c.c. artigo 129, I e II; Lei Complementar nº 75/1993, artigos 1º, 2º, 4º e 6º, V), salientando-se que a ofensa contra a honra de servidor público em razão de suas funções é delito de ação penal pública condicionada (Código Penal, artigo 145, § único, 2ª parte), motivo pelo qual não há qualquer ilicitude na forma como o juízo obteve conhecimento das ofensas contra ele lançadas, não havendo fundamento para o pedido de trancamento da ação penal; e 4) além de tudo isso, se tivesse sido adotado o regular procedimento da apelação, no caso com o protesto da defesa por apresentar razões de apelação em superior instância, os autos deveriam ter sido restituídos ao juízo de primeira



HC 98.237 / SP

instância para colheita das contra-razões recursais, e não encaminhados diretamente à senhora Procuradora da República oficiante naquele juízo, de forma que o juízo tomaria conhecimento do teor da peça processual onde lhe foram proferidas as supostas ofensas pelos advogados/pacientes, concluindo-se que o fato desse conhecimento ter vindo com a atuação da Procuradora da República foi absolutamente irrelevante, inócuo, afastando por completo qualquer alegação de ilicitude da prova.

V - A imunidade prevista no artigo 133 da Constituição Federal e no artigo 7º, § 2º da Lei nº 8.906/94 não abrange o crime de calúnia e, mesmo quanto aos delitos de difamação e injúria, não é absoluta, pois o Estado Democrático de Direitos não admite direitos que não devam se harmonizar com todos os demais, dentre os quais o de equilíbrio na manifestação das partes dentro do processo, tratando com urbanidade e respeito as instituições públicas e as demais pessoas que nele atuam, cuidando que o processo seja um palco para debate jurídico e promoção de justiça, e não de ataques pessoais à honra objetiva subjetiva de quem quer que seja, motivo pelo qual os eventuais excessos de linguagem configuram ilícitos penais, vale dizer, quando não se relacionam e exorbitam da discussão normal dos temas jurídicos do processo. Precedentes do E. STJ e desta Corte Regional.

VI - A alegação de atipicidade da conduta relativa à ausência de 'animus' de ofender (caluniar, difamar ou injuriar) em princípio deve ser reservada ao julgamento da ação penal, por demandar aprofundado exame fático e valorativo das provas, somente cabendo o trancamento da ação penal no âmbito estreito do 'habeas corpus' quando se apresenta clara e indubitosa a ausência do elemento subjetivo do tipo. Precedentes do E. STJ e desta Corte Regional.

VII - No caso em exame, extrai-se da denúncia que as assertivas feitas pelos pacientes na peça processual claramente excedem o mero direito de defesa dos interesses de seu constituinte, desbordando para os ataques pessoais ao magistrado que atuou e sentenciou o feito, tecendo

HC 98.237 / SP

considerações que se mostram impertinentes com o objeto da lide penal originária e em tese ofensivas à honra objetiva e subjetiva do magistrado.

VIII - Afirmar que o magistrado 'agiu de forma parcial, empenhou-se em favorecer a acusação, desviando-se da imparcialidade esperada de forma repugnante, pondo-se como principal e mais covarde adversário do réu, equiparando-o a um justiceiro' bem como que 'sua irresponsabilidade seria a toda prova, forjando argumento insustentável e cínico, atuando com manifesta desídia, sendo seus argumentos, no mínimo, desonestos' em tese tipificam os imputados delitos de calúnia, difamação e injúria.

IX - Rejeitada a tese de impossibilidade de consumação do delito de difamação (Código Penal, artigo 139), pois ainda que o processo seja protegido por segredo de justiça, as ofensas inseridas em manifestações nos autos do processo atingem a reputação do ofendido ante outras pessoas que atuam no processo, como os co-réus e seus defensores, os representantes do Ministério Público e outros membros do Poder Judiciário em primeira ou em superior instância e também os servidores públicos que auxiliam na tramitação do feito, em tese caracterizando o delito.

X - A matéria relativa à configuração ou não da 'provocação pela vítima' ou da 'retorsão imediata' (causas de extinção de punibilidade quanto ao delito de injúria, na forma do art. 140, § 1º, I e II, do Código Penal), exige exame aprofundado e valorativo da prova dos autos, o que é inviável na via estreita do 'habeas corpus', somente podendo realizar-se na sentença, ao final da instrução processual.

XI - A alegação de absorção dos delitos menos graves (difamação e injúria) pelo mais grave (calúnia) envolve a apreciação aprofundada e valorativa das provas dos autos para fins de classificação típica da(s) conduta(s) imputada(s) na denúncia, bem como de averiguação da existência de concurso material ou formal de infrações, temas inadequados no âmbito estreito do 'habeas corpus', devendo reservar-se para apreciação na sentença, após a devida instrução da ação penal e sujeita a reapreciação pelo tribunal em sede recursal.

HC 98.237 / SP

XII - 'Habeas corpus' conhecido parcialmente e nesta parte, denegado.

(...)

5. Impetrou-se, então, 'habeas corpus' perante o Superior Tribunal de Justiça, cuja liminar foi indeferida, com o seguinte fundamento (fls. 276/277):

'Não estão presentes os pressupostos da medida urgente requerida.

Em que pese o encerramento da instrução criminal, não existe data prevista para a prolação de sentença de mérito, que poderia inclusive absolver o Paciente, ou ameaça direta ao seu direito de locomoção, inexistindo 'periculum in mora'.

Ademais, o deferir o provimento urgente demanda análise do próprio mérito da impetração, inviável em juízo de cognição perfunctória prelibatória, reservando-se ao Colegiado, em momento oportuno, o pronunciamento definitivo acerca do mérito.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.'

6. Este, pois, o motivo da impetração do presente 'habeas corpus'.

7. A defesa pretende, em síntese, o trancamento da ação penal. Para tanto, invoca os seguintes fundamentos: (1) os fatos narrados na denúncia são atípicos; (2) o paciente está acobertado pela imunidade conferida ao advogado, pois praticou os fatos no exercício da profissão; (3) não houve o 'animus caluniandi', elemento subjetivo necessário à configuração do crime e (4) a denúncia extrapolou os limites da representação, não havendo condição de procedibilidade para os crimes de calúnia e difamação.

8. Às fls. 287/298, o deferimento da liminar.

9. O paciente, em apelação interposta nos autos da ação penal ajuizada pelo Ministério Público Federal contra Jorge Kayali - acusado do crime de associação para o tráfico de drogas - atribuiu ao Juiz da causa as qualidades de irresponsável, covarde, insidioso, inidôneo, parcial, desonesto, comparou-o a um justiceiro, acusou-o de negligente na apreciação da prova, de proferir decisões premeditadas e

HC 98.237 / SP

irresponsáveis, de forjar argumento cínico, agindo com parcialidade e se empenhando em beneficiar a acusação.

10. Eis os trechos da apelação interposta pelo paciente - 'extraídos da denúncia' - onde contidas as ofensas irrogadas ao Magistrado:

'Não fora isso o bastante, a irresponsabilidade do MM. Juízo Federal de primeiro grau é a toda prova, revelando, outrossim, uma suspeita recôndita sobre a idoneidade dos defensores quando afirma não ser possível saber qual o material que fora entregue ao perito contratado pela defesa, haja vista que não fora requerida por esta a retirada dos CD's originais depositados na serventia.

(...)

Não há dúvidas. Trata-se de genuíno processo kafkaniano!

A que ponto chegaram a Justiça brasileira e o Ministério Público Federal!?!?!? Fazem qualquer coisa para condenar alguém. Alinham-se de modo que o réu não tem de enfrentar apenas aquele que o acusa. Deve também saber que muita vez o juiz será o seu principal e mais covarde adversário, porque insidiosamente desvia-se da imparcialidade que dele se espera e adota uma atitude repugnante, embuçando sob o pálio do poder jurisdicional a ânsia de vindita pessoal informada nas mesmas paixões que acometem o vulgo, encobrendo-a sob a carapuça do pretexto de promover o bem-estar social e livrar a sociedade de todo aquele que seja acusado de algum delito pela polícia e pelo Ministério Público, como se estes fossem os arautos da máxima e absoluta verdade. Entre uma atitude dessa natureza e a ação dos famigerados justiceiros, que se pensam no direito de fazer justiça com as próprias mãos, não há distância, pois a diferença reside apenas nos métodos empregados não nos objetivos que movem uns e outros.

(...)

Tem sido habitual os Juízos envidarem os maiores esforços, chegando às raias do absurdo de forjarem argumentos cuja construção é insustentável, acintosamente provocando e desrespeitando a inteligência da sociedade, na tentativa de salvar provas produzidas ilegalmente pela polícia. Essa

HC 98.237 / SP

atitude paternalista aberrante do Estado Democrático de Direito. Testemunha contra a idoneidade e a imparcialidade que deve ter o juiz e, o que é ainda mais abominável, desequilibra a relação processual, solapa o princípio do contraditório, pois faz com que o apelante - o acusado em processo penal - deve litigar não só contra o Ministério Público, que ocupa posição francamente parcial, figurando no pólo ativo como autor da ação penal, mas terá também de debater-se contra o Juízo, por este adotar uma atitude veladamente parcial no processo, favorecendo a acusação, com aceitar desvios quanto às disposições previstas na Lei 9.296/1996.

(...)

Os argumentos manejados contra o apelante são, para dizer o mínimo, desonestos. Transformam o discurso em hipótese com fito precípua de infligir-lhe a condenação.

(...)

É óbvio que esse argumento tão especioso quanto falacioso seduz, tanto que iludiu o MM. Juiz de primeira instância, o qual, atuando com manifesta desídia, não atentou para a falta de demonstração da inexistência de outros meios investigativos, nem para o fato de que participação das pessoas indicadas, às quais a autoridade policial atribuía a utilização dos terminais telefônicos cujo segredo pretendia vulnerar, nos delitos sob investigação, sequer estava bem esclarecida, desprovidas de qualquer coisa que se assemelhasse a indícios razoáveis.

(...)

Primeiro o MM. Juízo 'a quo' para justificar o não colhimento da prova produzida pela defesa do apelante, põe sob suspeita a idoneidade ética do profissional contratado, chegando mesmo a sugerir ser natural o desvio ético em função de ser a parte quem arca com os honorários do 'expert'. Essa manifestação deve ser veementemente repudiada. Constitui um acinte, e, emanando de um magistrado, beira às raias da irresponsabilidade.

(...)

Não fora isso o bastante, a irresponsabilidade do MM. Juízo Federal de primeiro grau é a toda prova revelando, outrossim, uma suspeita

HC 98.237 / SP

recôndita sobre a idoneidade dos defensores quando afirma não ser possível saber qual o material que fora entregue ao perito contratado pela defesa, haja vista que não fora requerida por esta a retirada dos CD's originais depositados na serventia.

(...)

'**In casu**', nenhuma interceptação foi eliminada. O conjunto de interceptações realizadas pela Polícia Federal conta com mais de 158 mil, registrados em arquivos de áudio em nada menos do que 37 CD-Rom's.

Essa eiva impregna o processo e ainda serviu de supedâneo para o MM. Juízo sentenciante forjar argumento totalmente especioso à guisa de sustentar, com argumento cínico, não ter ocorrido cerceamento de defesa uma vez que à defesa permitiu o acesso aos indigitados CD's.

Não poderia ocorrer declaração judicial mais falaciosa e acintosa.

(...)

A parcialidade do MM. Juízo 'a quo', empenhado em favorecer a acusação, evidencia-se nas decisões proferidas ao longo do processo. Na assentada de fls. 2.938, depois de oitiva das testemunhas, o MM. Juízo 'a quo' deferiu prazo de 15 (quinze) dias para que a defesa do apelante especificasse, 'de modo fundamentado e discriminado, os trechos periciados das conversações que alega estarem inquinados de irregularidade e não sejam autênticos e os motivos pelos quais alega tal irregularidade no prazo de 10 dias' ('sic'). Esse prazo foi dilatado para 15 (quinze) dias.

Tal decisão afigura-se complexa e perplexa, portadora de uma cilada sub-reptícia e inesperada, já que vinda de um magistrado a quem incumbe a busca da verdade real e não de verdades furtadas, o que demonstra a parcialidade do MM. Juízo de primeiro grau.' (fls. 35/40, ...)

11. Preliminarmente, o parecer é pelo não conhecimento do 'habeas corpus'. Insurge-se o Impetrante contra decisão de Relator que, em feito originário, negou a liminar. Nessa hipótese, essa Corte somente tem admitido o conhecimento do 'habeas



HC 98.237 / SP

corpus' quando presente situação de insuperável ilegalidade, que importe em constrangimento ao paciente de tal ordem que justifique o julgamento da pretensão antes que o órgão constitucionalmente competente o faça.

12. Não existindo essa situação de incontornável constrangimento, incide o óbice da Súmula 691.

13. Este caso não contém essa situação de constrangimento insuperável à liberdade do paciente que autorize o julgamento da causa diretamente por essa Corte, ante o que o Superior Tribunal de Justiça o faça. O paciente não está preso nem está sendo ameaçado de sê-lo. A ação penal a que responde estava tramitando regularmente, com a devida e correta observância dos direitos e garantias constitucionalmente conferidos ao paciente, sendo-lhe permitido, como não poderia deixar de ser, o exercício amplo e irrestrito do seu direito de defesa. E tanto é assim, que o impetrante não invocou na inicial um único ato sequer de cerceamento aos direitos do paciente.

14. Nesse contexto, não há porque proceder-se ao julgamento da pretensão por essa Corte, antes que o Superior Tribunal de Justiça julgue o 'habeas corpus' ali impetrado. Assim, impõe-se o não conhecimento do 'habeas corpus'.

15. A alegação de atipicidade da conduta não merece ser conhecida. Essa Corte somente tem admitido o trancamento de ação penal em sede de 'habeas corpus' em situações excepcionais, quando a atipicidade do fato ou a inocência do acusado aparecem evidentes da mera leitura dos autos, sem necessidade de exame aprofundado dos fatos e das provas.

16. Este caso não retrata essa situação de flagrante atipicidade, que autorize o julgamento prematuro da ação penal em favor do paciente. Não há como afirmar que as qualificações que o paciente atribuiu ao Juiz não atingiram a sua honra objetiva e subjetiva, de modo a tipificar os crimes arrolados na denúncia.

17. Sem dúvida, qualificar o Juiz de irresponsável, covarde, insidioso, inidôneo, parcial, desonesto e justiceiro tipifica, em tese, o crime de injúria. Dizer que o Juiz foi negligente na apreciação da prova, que proferiu

HC 98.237 / SP

decisões premeditadas e irresponsáveis ao analisar a perícia técnica apresentada pela defesa, consumou o crime de difamação; finalmente dizer que o Juiz forjou argumento cínico para rejeitar fundamento da defesa e que agiu com parcialidade, empenhado em beneficiar a acusação, consumou, em tese, o crime de calúnia, pois o magistrado que pratica os atos descritos pelo paciente pratica o crime de prevaricação.

18. Um exame, mesmo que superficial, dos fatos descritos na denúncia revela os elementos dos tipos penais atribuídos ao paciente.

19. Afirma a defesa que o discurso reputado criminoso pela denúncia foi proferido por advogado, no exercício de sua profissão, estando, pois, acobertado pela imunidade judiciária prevista no art. 142, inciso I, do CP.

20. No entanto, a imunidade invocada pela defesa não tem caráter absoluto, possuindo limites de duas ordens: primeiro, só se aplica aos crimes de injúria e difamação e, segundo, não pode sair dos estreitos limites de discussão da causa.

21. Este segundo limite impõe que o uso de determinadas palavras e expressões deva ser imprescindível à argumentação desenvolvida pelo advogado na defesa de sua causa. O objetivo da excludente é o de possibilitar ao advogado o uso de instrumentos de retórica que, conferindo maior peso ou valor às suas alegações, maximize as possibilidades de uma lide vitoriosa. Importante registrar que o objetivo não é possibilitar ao advogado o uso de instrumentos de retórica que simplesmente confirmam maior destaque às suas alegações, como um fim em si mesmo.

22. Daí a importância de se estabelecer estreita relação das palavras e expressões proferidas com a causa em discussão.

23. Ora, imputar ao magistrado qualificações como 'parcial', 'justiceiro', 'irresponsável', 'desidioso', 'covarde', 'desonesto', 'que forja argumentos', 'que apresenta argumentos desonestos', 'que atua com desídia', é, às claras, extrapolar os limites da causa.

24. Tais afirmações, longe de se caracterizarem como bons instrumentos de retórica utilizados pelo advogado na defesa de seu cliente, constituem-se, em



HC 98.237 / SP

verdade, em ofensas ao Juiz, que nada contribuiriam para o provimento do apelo interposto, exatamente por passar ao largo das questões atinentes à própria ação penal.

25. Afirma, ainda o Impetrante que a denúncia, ao acusar o paciente dos crimes de calúnia, difamação e injúria, foi além dos termos da representação, a qual imputava ao paciente, de forma clara e expressa, somente a prática do crime de injúria.

26. Sabe-se que a representação, condição de procedibilidade para a ação penal pública a ela condicionada, não possui forma prevista em lei, podendo assumir até mesmo a forma oral. Basta, tão-só, que o ofendido, ou seu representante, expresse o desejo de que o fato narrado seja devidamente apurado para que o Ministério Público possa, então, agir, como titular da ação penal.

27. Logo, o que vincula o titular da ação é o fato narrado e não a classificação dada ao fato. O Ministério Público, obviamente, não está jungido à qualificação que o ofendido atribui aos fatos.

28. Lembre-se, mais uma vez, de que, não obstante a ação penal seja condicionada à representação, permanece sendo de titularidade do Ministério Público, pública, portanto, sendo descabido atrelar a atuação do órgão ministerial à vontade do ofendido.

29. Tanto é assim que o Ministério Público, diante de uma representação, não está obrigado a agir, mas autorizado a agir, o que reforça, ainda mais, a sua autonomia para, analisando o fato narrado, agir como melhor lhe parecer juridicamente.

30. O papel do ofendido se esgota em narrar o fato e expressar sua vontade em vê-lo apurado. O que passar disso é um plus que não pode redundar em prejuízo para o ofendido, porquanto, por um excesso de cuidado em fazer o que não lhe era pedido - classificar as condutas -, não os veria devidamente punidos ou, em prejuízo para o próprio Estado que, vinculado à classificação dada pelo ofendido, não poderia punir o fato em sua integralidade.

31. Claro, pois, diante de tais ponderações, que ao Ministério Público, como titular da ação penal pública condicionada, cabe, em havendo representação, ater-se aos fatos que lhe foram trazidos e deles extrair a correta classificação.

HC 98.237 / SP

32. Pelo exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do 'habeas corpus' e, no mérito, pela denegação da ordem." (grifei)

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'D' followed by a long horizontal stroke that ends in a slight upward curve. Below the signature is a long, thin horizontal flourish.

HC 98.237 / SP

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de "habeas corpus" impetrado contra decisão emanada de eminente Ministra de Tribunal Superior da União, que, em sede de outra ação de "habeas corpus", ainda em curso no Superior Tribunal de Justiça (HC 129.896/SP), denegou medida liminar que lhe havia sido requerida em favor do ora paciente.

Busca-se, na presente impetração, a extinção do processo penal instaurado contra o ora paciente, por "manifesta atipicidade dos fatos narrados na denúncia" (fls. 32).

Sustenta-se, em síntese, neste "writ", o que se segue:
(a) a conduta atribuída ao ora paciente, nos autos do Processo nº 2007.61.81.004679-5, apresenta-se destituída de tipicidade penal; (b) as expressões aleadamente ofensivas à honra da vítima, um magistrado federal, foram proferidas no contexto de uma causa em que o ora paciente interveio na condição de Advogado; (c) o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, agiu "ultra vires", pois excedeu os limites materiais da representação que lhe foi dirigida pelo ofendido; e (d) o paciente está sofrendo, injustamente, persecução penal cuja instauração - motivada por suposta prática de



HC 98.237 / SP

crime contra a honra de magistrado - deu-se com **alegada** ofensa à prerrogativa de imunidade material **conferida** aos Advogados em geral.

Presente tal contexto, impende verificar, **consoante salientado** por ocasião do exame da medida cautelar, se a situação processual versada nestes autos justifica, **ou não**, o afastamento, sempre excepcional, da Súmula 691/STF.

Como se sabe, esta Suprema Corte tem, excepcionalmente, **afastado a incidência** da referida formulação sumular, sempre que a matéria em exame revelar-se impregnada de alta significação jurídica, ou, então, nos casos em que o ato impugnado caracterizar-se por sua evidente ilegalidade ou abusividade, ou, ainda, quando a decisão questionada em sede de "habeas corpus" divergir, frontalmente, da jurisprudência prevalecete no Supremo Tribunal Federal.

A não aplicação da Súmula 691/STF tem ocorrido na prática processual desta Corte, como o evidenciam diversas decisões proferidas quer em sede monocrática (HC 90.112-MC/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO - HC 89.113-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 87.353-MC/ES, Rel. Min. GILMAR MENDES - HC 88.050-MC/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES - HC 88.569-MC/PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - HC 88.129-AgR/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - HC 89.132-MC/RS, Rel.



HC 98.237 / SP

Min. MARCO AURÉLIO - HC 89.414-MC/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO, HC 86.634-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) quer em sede colegiada (HC 84.014-Agr/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - HC 85.185/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO - HC 86.864-MC/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO):

"1. **COMPETÊNCIA CRIMINAL. 'Habeas corpus'. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em 'habeas corpus', sem fundamentação. Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. Precedentes.** O enunciado da **súmula 691** do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de 'habeas corpus' contra decisão do relator que, em 'habeas corpus' requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere pedido de liminar."
(HC 87.468/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO)

Cumpr registrar, neste ponto, que esta colenda **Segunda Turma** - considerada a excepcionalidade de questão jurídico-constitucional suscitada em processo de "habeas corpus" - tem afastado a incidência da Súmula 691/STF, sempre que a decisão questionada perante o Supremo Tribunal Federal refletir hipótese de manifesta contrariedade à Constituição, à lei ou a diretriz jurisprudencial predominante neste Tribunal (HC 89.025-Agr/SP, Rel. p/ o acórdão Min. EROS GRAU - HC 90.957/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

HC 98.237 / SP

Sendo assim, considerado o relevo jurídico dos fundamentos em que se apóia a presente impetração, afasto a incidência, no caso, da Súmula 691/STF e passo, em consequência, a examinar o pleito nela formulado.

Dentre os vários fundamentos invocados pelo E. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, entendo assistir plena razão ao impetrante, quando se apóia no fato de que a denúncia oferecida pelo Ministério Público, contra o ora paciente, extrapolou os limites materiais delineados na representação formulada pelo magistrado supostamente ofendido em sua honra.

Os delitos contra a honra são, ordinariamente, perseguíveis mediante ação penal de iniciativa privada (CP, art. 145, "caput"). Tratando-se, porém, de delitos contra a honra de agentes públicos, cometidos em razão de suas funções (ou a propósito delas), a instauração da "persecutio criminis" depende, em regra - ressalvado o que enuncia a Súmula 714/STF e excetuadas, ainda, as hipóteses legais de perseguibilidade mediante ação penal pública incondicionada (como os delitos eleitorais e militares contra a honra, além daqueles tipificados no art. 26 da Lei nº 7.170/83) -, de representação do ofendido ou, cuidando-se do Presidente da



HC 98.237 / SP

República ou de Chefe de Governo estrangeiro, de requisição do Ministro da Justiça (CP, art. 145, parágrafo único).

O caso em exame refere-se a uma suposta prática de crime contra a honra de magistrado federal, aleadamente ofendido no exercício de suas funções, circunstância que lhe permitiu postular, mediante representação dirigida ao Ministério Público (CP, art. 145, parágrafo único), o ajuizamento, contra o ora paciente (e outro litisconsorte passivo), da pertinente ação penal pública.

A representação da vítima, como se sabe, constitui, no autorizado magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES ("Elementos de Direito Processual Penal", vol. I/344, item n. 189, 2ª ed., 1965, Forense), "uma 'delatio criminis' postulatória: quem a formula, não só dá notícia de um crime, como pede também que se instaure a persecução penal" (grifei).

Trata-se, pois, de um ato processual indispensável ao válido ajuizamento da própria ação penal pública. A representação, por isso mesmo, traduz um elemento subordinante e condicionante do próprio ajuizamento, pelo Ministério Público, da ação penal de que é titular. Por essa razão, cumpre ter presente, no ponto, a



HC 98.237 / SP

advertência de JOSÉ FREDERICO MARQUES (op. cit., vol. I/345, item n. 189):

"A representação condicional tão-só o direito do Estado-Administração de deduzir em juízo a pretensão punitiva. O Ministério Público não pode acusar, propondo, assim, a ação penal pública, sem que o ofendido formule a representação." (grifei)

Desse modo, a perseguibilidade dos crimes contra a honra praticados contra funcionários públicos (conceito que abrange, para efeitos penais, os membros do Poder Judiciário) depende, essencialmente, da representação manifestada pelo ofendido, sem a qual o Ministério Público será julgado carecedor da ação penal que tenha eventualmente ajuizado.

Cabe referir, neste ponto, na linha da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte (RTJ 117/595, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA - RTJ 142/869, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - HC 65.543/RJ, Rel. Min. OSCAR CORRÊA - Inq 546-00/MS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que a representação - para legitimar o oferecimento, pelo Ministério Público, da denúncia correspondente aos delitos referidos na "delatio criminis" postulatória dirigida ao "Parquet" - não precisa conter expressões rituais nem observar fórmulas sacramentais.

HC 98.237 / SP

O magistrado federal de primeira instância, ao formular a representação em causa (fls. 223/226), manifestou, inequivocamente, a sua intenção de ver os **supostos** autores do delito **processados** por crime contra a honra - especificamente contra a honra subjetiva -, como resulta claro, dentre outras passagens, do seguinte fragmento constante da delação postulatória por ele oferecida: "Essas e outras expressões, assacadas de maneira gratuita e desnecessária para o deslinde da causa, atentam, sem dúvida, contra a honra subjetiva deste magistrado (...)" (fls. 225 - grifei).

Não custa transcrever, ainda, outros trechos dessa "delatio criminis" postulatória, **para demonstrar** que a representação ora em exame cingiu-se ao crime de injúria (fls. 223/224):

"(...) oferecer REPRESENTAÇÃO para que seja promovida a competente ação penal contra SÉRGIO ROBERTO DE NIEMEYER SALLES e RAIMUNDO HERMES BARBOSA, ambos advogados, inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo, respectivamente, sob o n.º 172.760 e 63.746, com escritório na Praça Dr. João Mendes Júnior, n.º 42, 18.º andar, conjunto 183-184, Centro, nesta capital, por prática de crime de injúria, perpetrado contra a honra deste magistrado, em razão de suas funções (art. 140, c.c. art. 141, inc. II, **ambos** do Código Penal).

.....
 (...) comparam-me, com **inegável** 'animus injuriandi', a um 'justiceiro' (...)." (grifei)

HC 98.237 / SP

Vê-se, daí, que se registrou, sem qualquer ambigüidade, a vontade do ofendido de que o Ministério Público formulasse acusação penal, contra o ora paciente (e seu colega), tão-somente pela suposta prática do crime de injúria, eis que - insista-se - tal delito foi o único que constituiu objeto da representação penal que o magistrado federal em questão encaminhou ao "Parquet".

O Ministério Público, no entanto, ofereceu denúncia, contra o ora paciente (e o seu colega), por suposto cometimento dos crimes de calúnia, difamação e injúria (CP, arts. 138, 139 e 140), não obstante o ofendido, em sua representação, tivesse sido claro ao manifestar a sua vontade de que os autores das expressões reputadas contumeliosas respondessem, unicamente, por ofensa à honra subjetiva, tanto que o magistrado em questão aludiu, em diversas passagens de sua delação postulatória, apenas ao delito de injúria (CP, art. 140).

Com esse comportamento, o Ministério Público agiu "ultra vires", pois ultrapassou os limites materiais previamente definidos na representação penal em questão, eis que procedeu a uma indevida ampliação objetiva de mencionada delação postulatória, considerada a circunstância - penalmente relevante - de que o magistrado federal em referência queria que o ora paciente e o seu colega fossem, ambos,



HC 98.237 / SP

denunciados, exclusivamente, pela prática do crime de injúria (fls. 223 a 225).

Esta Suprema Corte, ao manifestar-se a respeito da questão pertinente aos limites materiais delineados na representação, assim se pronunciou sobre o tema em análise:

" (...) II. Ação Penal condicionada à representação: limitação material.

O fato objeto da representação da ofendida ou de seu representante legal constitui limitação material à ação penal pública a ela condicionada."

(RHC 83.009/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

Impende referir, nesse mesmo sentido, decisão proferida pelo extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que restou consubstanciada em acórdão assim ementado (Revista de Julgados, vol. 14/308):

"CRIME DE AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA - ESTRITA CORRELAÇÃO ENTRE A REPRESENTAÇÃO E A DENÚNCIA - NECESSIDADE (...).

.....
- Nos crimes de ação penal pública condicionada, defeso ao Ministério Público extrapolar dos termos da representação, emendá-la ou corrigi-la, porque tem função estrita. Parecendo, ao órgão oficial da acusação, que a representação se mostra imprecisa, cabe-lhe pedir a intimação da parte para completá-la, se ainda incorrida a decadência. (...)." (grifei)

HC 98.237 / SP

Tal como destacado em passagem anterior de meu voto, o magistrado **supostamente** ofendido **demonstrou**, na espécie, **a inequívoca** vontade de ver o paciente **unicamente** processado, no plano penal, pelo delito da injúria (CP, art. 140), **como se pode verificar**, claramente, **da representação** por ele dirigida ao órgão do Ministério Público.

Não poderia, desse modo, o Ministério Público, **agindo** em sede de ação penal **condicionada** à representação, **denunciar** o Advogado, ora paciente, **na extensão** em que o fez, **imputando-lhe**, **para além** do delito de injúria, **também** crimes de calúnia (CP, art. 138) e de difamação (CP, art. 139).

Ao assim proceder o representante do "Parquet" **extrapolou** os limites de suas atribuições, **agindo** "ultra vires", **pois**, superando as restrições materiais **inequivocamente** definidas pelo magistrado **autor** da "delatio criminis" postulatória, **culminou por formular**, **contra** o ora paciente, acusação penal **por outros** supostos delitos contra a honra que por ele **teriam** sido cometidos.

Esse comportamento do representante do Ministério Público, **presente** o contexto em exame, **não** encontra fundamento **que possa justificar** a "persecutio criminis" ora questionada **nesta** sede processual, **pois** - **insista-se** - **mostra-se vedado**, ao "Parquet", nos



HC 98.237 / SP

delitos **perseguíveis** mediante ação penal pública condicionada, **extrapolar** os limites **previamente** estabelecidos na representação.

É que, tal como já o advertira esta Suprema Corte, "O fato objeto da representação (...) **constitui limitação material** à ação penal pública a ela condicionada" (RHC 83.009/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei).

O Ministério Público, no entanto, **ultrapassando**, **indevidamente**, os limites materiais **traçados** pelo autor da *delação postulatória*, **decorrentes** do próprio fato **objeto** da representação que lhe foi dirigida pelo magistrado, **deixou** de observar a *necessária correlação* **entre** os termos de mencionada representação e o conteúdo da própria denúncia penal.

Esse divórcio ideológico torna-se ainda mais evidente quando se tem em consideração a circunstância de que o autor **de referida** *delação postulatória*, **precisamente** por ser magistrado, **tem pleno conhecimento da distinção conceitual** **entre** delitos contra a honra subjetiva **e** aqueles contra a honra objetiva, **tanto que restringiu**, na espécie, a sua representação **ao crime de injúria**, o que afastava, **no caso**, a possibilidade de imputação, ao ora paciente (e ao seu colega), dos delitos de calúnia **e** de difamação.

HC 98.237 / SP

Há, ainda, outro fundamento que, invocado nesta impetração, revela-se suficiente para afastar a acusação formulada quanto aos delitos de difamação e de injúria: a imunidade judiciária que o ordenamento positivo garante, ao Advogado, como prerrogativa profissional, em face da essencialidade mesma que assume o exercício da Advocacia.

Como se sabe, a Constituição de 1988, ao dispor sobre as funções essenciais à administração da Justiça, referiu-se, de modo expressivo, à figura do Advogado, e proclamou, em seu artigo 133, que "O Advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei" (grifei).

Esse preceito constitucional consagra um princípio, o da essencialidade da Advocacia, e institui uma garantia, a da inviolabilidade pessoal do Advogado.

O princípio da indispensabilidade tem um sentido institucional. Ele erige a Advocacia à condição jurídica de instituição essencial à ativação da função jurisdicional do Estado,



HC 98.237 / SP

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.

É certo, como tem advertido o Supremo Tribunal Federal, que 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).



HC 98.237 / SP

É de registrar, neste 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, v.g.).

Cabe reconhecer que, no caso, atua, em favor do Advogado, ora paciente - tratando-se de delitos de difamação e/ou de injúria por ele **supostamente** cometidos em sua atividade profissional e na defesa de seu constituinte -, **a causa** de exclusão da delituosidade, **tal como prevista** no art. 142, inciso I, do Código Penal, **que consagra**, em favor desse profissional do Direito, **a cláusula de imunidade judiciária**.

É sempre importante relembrar que essa regra de proteção foi reafirmada pelo art. 7º, § 2º, do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), que estabeleceu, no tema, que o Advogado "tem imunidade profissional", não constituindo injúria ou difamação



HC 98.237 / SP

qualquer pronunciamento de sua parte no exercício de sua atividade, valendo referir, no ponto, a precisa abordagem que faz, dessa matéria, GISELA GONDIN RAMOS ("Estatuto da Advocacia", p. 144, 4ª ed., 2003, OAB/SC Editora), **para quem** "(...) o instituto da imunidade profissional do advogado retira do fato a característica de ilícito penal".

O exame das expressões reputadas contumeliosas, **que constam** das razões de apelação **assinadas** pelo ora paciente e por outro Advogado (**recurso** interposto **contra** sentença condenatória proferida pelo magistrado **aleadamente** ofendido), revela que tais irrogações decorreram do estrito exercício, pelo paciente, **de sua atividade profissional** como Advogado, **eis** que as passagens **supostamente** ofensivas **guardam** nexos de causalidade e de pertinência com o objeto do litígio em cujo âmbito o recurso penal foi deduzido.

Entendo, na linha de **anteriores** precedentes **emanados** desta Suprema Corte (HC 87.451/RS, Rel. Min. EROS GRAU - Inq 1.674/PA, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.), **que a cláusula de imunidade judiciária** prevista no art. 142, inciso I, do CP, relacionada à prática da Advocacia, reveste-se da maior relevância, ao assegurar, ao Advogado, a inviolabilidade por manifestações que haja exteriorizado no exercício da profissão,



HC 98.237 / SP

ainda que a suposta ofensa tenha sido proferida contra magistrado, desde que observado vínculo de pertinente causalidade com o contexto em que se desenvolveu determinado litígio (RT 612/347).

Essa **percepção** do tema - **reconhecimento** da imunidade profissional do Advogado, **mesmo** em face de discurso contumelioso **dirigido** a magistrado - **foi revelada**, no sentido ora exposto, pela colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal, **em julgamento** proferido no exame do **RHC 81.750/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

Impende registrar, por relevante, **julgado** que o E. Superior Tribunal de Justiça **proferiu no exame do RHC 2.090/SP**, Rel. Min. ASSIS TOLEDO, **no qual reconheceu** a inviolabilidade profissional do Advogado (**RSTJ 50/389**):

"ADVOGADO. INVIOLABILIDADE (ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

Críticas severas ao juiz, em petição de 'habeas corpus' que atacava decreto de prisão preventiva, de três linhas, desfundamentado, reportando-se à 'cota' do Promotor.

Expressões que, **embora excessivas e desnecessárias**, **continham-se** nos limites da lei e da discussão da causa ante a existência de um despacho realmente lamentável, comodamente apoiado no parecer do Ministério Público, desprovido de fundamentação própria.

Incidência da inviolabilidade constitucionalmente assegurada ao advogado.

HC 98.237 / SP

Recurso de 'habeas corpus' provido, **para conceder-se a ordem e trancar a ação penal por crime de injúria.**" (grifei)

Vale rememorar, neste ponto, por inteiramente aplicável ao caso ora em exame, expressivo fragmento de conhecida decisão, **da lavra** do saudoso Desembargador RAPHAEL MAGALHÃES, do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que bem destacou "a ratio" **subjacente** à imunidade profissional **concedida** aos Advogados em geral (RF 51/628):

"O advogado precisa da mais ampla liberdade de expressão **para bem desempenhar** o seu mandato. Os **excessos de linguagem** que porventura comete, **na paixão do debate, lhe devem ser relevados. São, muitas vezes, recursos de defesa** que a dificuldade da causa **justifica ou, pelo menos, atenua. Mesmo** no arrazoado escrito, **onde** tais demasias mais facilmente se podem evitar, **a lei as não reputa passíveis de pena criminal (...).**" (grifei)

Não constitui demasia assinalar que as prerrogativas profissionais dos Advogados representam emanações da própria Constituição da República, **pois**, embora explicitadas no Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), **foram concebidas** com o elevado propósito **de viabilizar** a defesa da integridade dos direitos fundamentais das pessoas em geral, **tais** como formulados e proclamados em nosso ordenamento constitucional. **Compõem**, por isso



HC 98.237 / SP

mesmo, **considerada** a finalidade que lhes dá sentido e razão de ser, **o próprio** estatuto constitucional das liberdades públicas.

As prerrogativas profissionais **não** devem ser confundidas **nem** identificadas com meros privilégios de índole corporativa, **pois se destinam**, enquanto instrumentos vocacionados a preservar **a atuação independente** do Advogado, **a conferir efetividade** às franquias constitucionais invocadas em defesa daqueles cujos interesses lhe são confiados.

O **Supremo Tribunal Federal**, por isso mesmo, **compreendendo** a alta missão institucional **que qualifica** a atuação dos Advogados **e tendo consciência** de que as prerrogativas desses profissionais **existem** para permitir-lhes a tutela efetiva dos interesses e direitos de seus constituintes, **construiu importante jurisprudência**, que, **ao destacar a vocação protetiva** inerente à ação desses imprescindíveis operadores do Direito, **tem a eles dispensado** o amparo jurisdicional necessário **ao desempenho integral** das atribuições de que se acham investidos.

Ninguém ignora - mas é sempre importante renovar tal proclamação - **que cabe, ao Advogado, na prática** do seu ofício, **a prerrogativa** (que lhe é dada por força **e** autoridade da Constituição

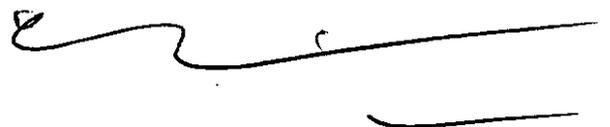


HC 98.237 / SP

e das leis da República) de velar pela intangibilidade dos direitos daquele que o constituiu como patrono de sua defesa técnica, competindo-lhe, por isso mesmo, para o fiel desempenho do "munus" de que se acha incumbido, o pleno exercício dos meios destinados à realização de seu legítimo mandato profissional.

Esta Suprema Corte já assinalou, com particular ênfase, que o Advogado - ao cumprir o dever de prestar assistência àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado - converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja o espaço institucional de sua atuação (Poder Legislativo, Poder Executivo ou Poder Judiciário), ao Advogado incumbe neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias - legais e constitucionais - outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos.

O exercício do poder-dever de questionar, de fiscalizar, de criticar e de buscar a correção de abusos cometidos por órgãos públicos e por agentes e autoridades do Estado, inclusive magistrados, reflete prerrogativa indisponível do Advogado, que não pode, por isso mesmo, ser cerceado, injustamente, na prática



HC 98.237 / SP

legítima de atos que visem a neutralizar situações configuradoras de arbítrio estatal ou de desrespeito aos direitos daquele em cujo favor atua.

É por tal razão que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já advertiu que o Poder Judiciário não pode permitir que se cale a voz do Advogado, cuja atuação - livre e independente - há de ser permanentemente assegurada pelos juízes e Tribunais, sob pena de subversão das franquias democráticas e de aniquilação dos direitos do cidadão.

Não se pode tergiversar na defesa dos postulados do Estado Democrático de Direito e na sustentação da autoridade normativa da Constituição da República, eis que nada pode justificar o desprezo pelos princípios que regem, em nosso sistema político, as relações entre o poder do Estado e os direitos do cidadão - de qualquer cidadão.

O respeito às prerrogativas profissionais do Advogado constitui uma garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque o Advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e garantias fundamentais.



HC 98.237 / SP

Há a considerar, finalmente, um outro fundamento, que tem suporte nas denominadas excludentes anímicas.

Como se sabe, a configuração dos crimes contra a honra exige, dentre outros elementos, a inequívoca intenção dolosa de ofender, moralmente, a honra da vítima, conforme já decidiu este Supremo Tribunal Federal (RTJ 168/498 - RT 612/395).

Entendo que o ora paciente praticou ato que se insere, estritamente, na esfera de seus deveres como Advogado na defesa da liberdade de seu constituinte, não se podendo inferir, de quaisquer expressões por ele proferidas, a ocorrência, no caso, do "*animus injuriandi vel diffamandi*".

As expressões que foram reputadas contumeliosas pelo magistrado federal de primeira instância permanecem, a meu juízo, nos limites do exercício da atividade da Advocacia, eis que o contexto em que proferidas - razões de recurso de apelação interposto contra sentença condenatória proferida pelo magistrado supostamente ofendido - revela a presença, na espécie, do "*animus defendendi*", subjacente e indissociável da conduta do ora paciente.

HC 98.237 / SP

Na realidade, a inexistência do elemento subjetivo pertinente aos delitos contra a honra ("animus injuriandi vel diffamandi") afasta a própria caracterização formal do crime de injúria, que exige, sempre, a presença do dolo específico, sem o qual não se aperfeiçoa a figura delituosa em questão.

É por essa razão que autores como NELSON HUNGRIA ("Comentários ao Código Penal", vol. VI/50, item n. 125, 5ª ed./1ª tir., 1982, Forense), MAGALHÃES NORONHA ("Direito Penal", vol. 2/121, item 347, 22ª ed., 1987, Saraiva), DAMÁSIO E. DE JESUS ("Código Penal Anotado", p. 406, 4ª ed., 1994, Saraiva) e HELENO CLÁUDIO FRAGOSO ("Lições de Direito Penal - Parte Especial - arts. 121 a 160 CP", p. 190/191, item n. 182, 6ª ed., 1981, Forense), ao analisarem o tipo subjetivo nos crimes contra a honra, exigem, sempre, como elemento essencial à caracterização de tais delitos, o propósito de ofender.

A intenção de ofender, desse modo, constitui um dos "essentialia delicti". Sem o propósito deliberado de ofender - que traduz elemento subjetivo do tipo penal -, não se realiza o crime de difamação e de injúria.



HC 98.237 / SP

Nesse contexto, as denominadas **excludentes anímicas** (**dentre as quais**, o "animus defendendi") **desempenham** papel de grande relevo jurídico-penal, **por implicarem descaracterização** do elemento subjetivo dos crimes contra a honra. **Tal circunstância**, configurada no caso, **afasta** a ocorrência dos delitos contra a honra, **nos quais** o dolo **jamaiz resulta** "da própria expressão objetivamente ofensiva", **eis que**, nesse tema, **não sendo** de cogitar do dolo "*in re ipsa*", **não há** como simplesmente presumi-lo (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "*op. loc. cit.*").

Cumprе ressaltar, por oportuno e relevante, **que o Supremo Tribunal Federal**, revelando essa **mesma** percepção a respeito do tema, **já reconheceu** que as referidas **excludentes anímicas**, **quando presentes** no discurso **alegadoamente ofensivo**, **descaracterizam a própria delituosidade** do comportamento dos agentes:

"- **Nos delitos** de calúnia, difamação e injúria, **não se pode prescindir**, para efeito de seu formal reconhecimento, da vontade deliberada e positiva do agente de vulnerar a honra alheia. **Doutrina e jurisprudência.**

- **Não há crime contra a honra**, se o discurso contumelioso do agente, motivado por um estado de justa indignação, traduz-se em expressões, ainda que veementes, pronunciadas em momento de exaltação emocional ou proferidas no calor de uma discussão. **Precedentes.**"

(**RTJ 168/498**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

HC 98.237 / SP

O fato irrecusável, na espécie, é que o exame dos dados produzidos nestes autos - e cuja liquidez resultou plenamente evidenciada - não revela a existência, no comportamento atribuído ao ora paciente, do "animus diffamandi vel injuriandi", sem o qual não se tem por realizado o elemento subjetivo essencial à caracterização da infração penal em causa.

A jurisprudência dos Tribunais tem ressaltado, a partir do magistério expendido pela doutrina (JULIO FABBRINI MIRABETE, "Manual de Direito Penal", vol. 2/141 e 148, 7ª ed., 1993, Atlas; DAMÁSIO E. DE JESUS, "Código Penal Anotado", p. 401 e 411, 4ª ed., 1994, Saraiva; EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, "Direito Penal - Crimes contra a Pessoa", p. 239, 2ª ed., 1973, RT, dentre outros), que as expressões eventualmente contumeliosas, quando proferidas em momento de exaltação ou no calor de uma discussão, bem assim o exercício, pelo agente, do direito de crítica ou de censura profissional, ainda que veemente, atuam como fatores de descaracterização do elemento subjetivo peculiar aos tipos penais definidores dos crimes contra a honra (RT 481/307 - RT 525/391 - RT 544/381).

Desse modo, e consideradas as razões expostas, evidencia-se que o comportamento profissional do Advogado ora



HC 98.237 / SP

paciente está protegido pelo manto da imunidade judiciária, eis que as expressões por ele utilizadas em sede recursal não se mostram impregnadas de caráter delituoso, porque delas ausente o indispensável elemento subjetivo.

O ora paciente, ao insurgir-se contra comportamento processual (que lhe pareceu tecnicamente equivocado) do magistrado em questão, exerceu, de modo inteiramente legítimo, direito que, fundado em prerrogativa profissional (direito de crítica), assiste aos Advogados quando em defesa dos interesses de seus constituintes.

Inquestionável, desse modo, que os atos praticados pelo Advogado no patrocínio técnico da causa, respeitados os limites deontológicos que regem a sua atuação como profissional do Direito e que guardem relação de estrita pertinência com o objeto do litígio, ainda que expressem críticas duras, veementes e severas, mesmo se dirigidas ao Magistrado, não podem ser qualificados como transgressões ao patrimônio moral de qualquer dos sujeitos processuais, eis que o "*animus defendendi*" importa em descaracterização do elemento subjetivo inerente aos crimes contra a honra.

Cumpre esclarecer, finalmente, que a discussão em torno da ausência de justa causa depende, essencialmente, da



HC 98.237 / SP

incontestabilidade dos elementos que informam a imputação penal, não se viabilizando o debate em questão, quando - suscitado em sede de "habeas corpus" - disser respeito a hipóteses em que se registre dúvida fundada a propósito dos fatos alegados (RTJ 43/484 - RTJ 136/166 - RTJ 136/1221 - RTJ 137/198 - RTJ 139/904 - RTJ 165/877-878 - RTJ 168/853 - RTJ 168/863-865, v.g.).

Ocorre, no entanto, que o caso em exame, ao contrário dos precedentes referidos, caracteriza-se por inquestionável liquidez dos fatos, cuja realidade evidencia - tal como anteriormente demonstrado neste voto - que o comportamento atribuído ao ora paciente não se qualifica nem se identifica como gesto de transgressão à legislação penal, eis que fundado em regular exercício de prerrogativa profissional que lhe é assegurada, na condição de Advogado, pela Constituição da República e pelo Estatuto da Advocacia.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, e superando a restrição fundada na Súmula 691/STF, concedo, de ofício, a ordem de "habeas corpus" em favor de Sérgio Roberto de Niemeyer Salles, para extinguir, definitivamente, desde a origem, o processo penal contra ele instaurado (Processo-crime nº 2007.61.81.004679-5 -



HC 98.237 / SP

10ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP), eis que destituída de qualquer tipicidade penal a conduta que lhe foi atribuída.

Por ausentes quaisquer circunstâncias de índole pessoal e considerando que se registra, no caso, identidade de situações, estendo, de ofício, ao co-réu Raimundo Hermes Barbosa, igualmente Advogado, os efeitos da presente decisão.

É o meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized initial followed by a long horizontal stroke.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 98.237

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

PACTE.(S): SÉRGIO ROBERTO DE NIEMEYER SALLES

IMPTE.(S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): ALBERTO ZACHARIAS TORON

COATOR(A/S)(ES): RELATORA DO HC N° 129896 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA

Decisão: A Turma, à unanimidade, superando a restrição fundada na Súmula 691/STF, concedeu, de ofício, ordem de *habeas corpus* ao paciente Sérgio Roberto de Niemeyer Salles, e, por identidade de situação, estendeu-a ao co-réu Raimundo Hermes Barbosa, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 15.12.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Compareceu à Turma o Senhor Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Tribunal, a fim de julgar processos a ele vinculados, assumindo, nesta ocasião, a Presidência da Turma, de acordo com o art. 148, parágrafo único, RISTF.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador