

23/11/2004

HABEAS CORPUS 84.446-4 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE  
 PACIENTE(S) : JOÃO CUSTÓDIO DE ALENCAR  
 IMPETRANTE(S) : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DO  
 ESTADO DE SÃO PAULO  
 ADVOGADO(A/S) : DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO(A/S)  
 COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMENTA:** Advogado: imunidade judiciária: (CF art. 133; C.Penal., art. 142, I; EAOAB, art. 7º, § 2º): não compreensão do crime de calúnia.

1. O art. 133 da Constituição Federal, ao estabelecer que o advogado é "inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão", possibilitou fosse contida a eficácia desta imunidade judiciária aos "termos da lei".

2. Essa vinculação expressa aos "termos da lei" faz de todo ocioso, no caso, o reconhecimento pelo acórdão impugnado de que as expressões contra terceiro sejam conexas ao tema em discussão na causa, se elas configuram, em tese, o delito de calúnia: é que o art. 142, I, do C. Penal, ao dispor que "não constituem injúria ou difamação punível (...) a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador", criara causa de "exclusão do crime" apenas com relação aos delitos que menciona - injúria e difamação -, mas não quanto à calúnia, que omitira: a imunidade do advogado, por fim, não foi estendida à calúnia nem com a superveniência da L. 8.906/94, - o Estatuto da Advocacia e da OAB -, cujo art. 7º, § 2º, só lhe estendeu o âmbito material - além da injúria e da difamação, nele já compreendidos conforme o C.Penal -, ao desacato (tópico, contudo, em que teve a sua vigência suspensa pelo Tribunal na ADInMC 1127, 5.10.94, **Brossard**, RTJ 178/67).

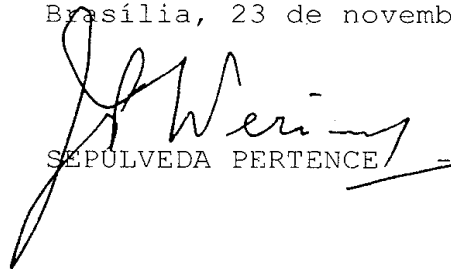
A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da



ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos,  
em indeferir o pedido de **habeas corpus**.

Brasília, 23 de novembro de 2004.



SEPÚLVEDA PERTENCE - RELATOR

ibc/

HABEAS CORPUS 84.446-4 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

PACIENTE(S) : JOÃO CUSTÓDIO DE ALENCAR

IMPETRANTE(S) : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO(A/S) : DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Recebeu-se queixa contra o paciente, imputando-lhe a prática dos delitos previstos nos arts. 138, 139, 140 e 141, II ("contra funcionário público, em razão de suas funções"), todos do C. Penal.

Alegando falta de justa causa, impetrou-se **habeas corpus** ao TACrimSP, que denegou a ordem (f. 84/102; e 104/120).

Sobreveio então **habeas corpus** - substitutivo de recurso ordinário - ao STJ, que concedeu a ordem, em parte, para determinar o trancamento da ação penal quanto aos delitos de injúria e difamação, denegando-a quanto ao de calúnia (C. Penal, art. 138 e 141, II).

Colhe-se desse julgado (f. 122/135):

"(...)

Quanto à alegada **atipicidade da conduta** decorrente de suposta **imunidade profissional** a que se refere o art. 133 da **Lex Máxima**, o art. 142, I, do Código Penal e o art. 7º, § 2º, da Lei 8.906/94, por ser o paciente advogado, a **quaestio** merece algumas considerações.

Inicialmente, no que diz respeito ao crime previsto no art. 138 do Código Penal [calúnia], encontra-se assente no colendo **Pretório Excelso** e **nesta Corte** o

entendimento de que os supracitados dispositivos legais não são aplicáveis quando se constata a possibilidade de ocorrência do crime de calúnia que, **per se**, afasta a imunidade no art. 142, I, do Código Penal e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94.

Nesse entendimento cito v. aresto prolatado pelo colendo **Supremo Tribunal Federal**:

'(...) O art. 142 do Código Penal, ao dispor que não constitui injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador - excluídos, portanto, os comportamentos caracterizadores de calúnia (RTJ 92/1118) - estendeu, notadamente ao Advogado, a tutela da imunidade judiciária, desde que, como ressalta a jurisprudência dos Tribunais, as imputações contumeliosas tenham relação de pertinência com o '**thema decidendum**' (RT 610/426 - RT 624/378) e não se refiram ao próprio juiz do processo (RTJ 121/157 - 126/628).

- O 'Habeas Corpus' não constitui meio processual adequado a análise das excludentes anímicas - '**animus defendendi**', '**animus narrandi**', '**animus consulendi**', v.g. -, cuja concreta ocorrência teria o efeito de descaracterizar a intenção de ofender.

- O remédio heróico não se presta, em função de sua natureza mesma e do caráter sumaríssimo de que se reveste, a indagação probatória efetivada nos autos, a ocorrência de justa causa para a ação penal ou para a condenação criminal'. (HC 69.085/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJU de 26.0393).

Outro não tem sido o entendimento desta Corte (...)

Entretanto, no que diz respeito aos delitos de injúria e difamação, verifica-se que as expressões tidas por ofensivas, e que serviram como supedâneo à pretensão punitiva, foram irrogadas em juízo e estão, inquestionavelmente, relacionadas com a causa em discussão, encontrando-se, assim, amparadas pela **imunidade prevista no art. 133 da Lex Máxima**, no art. 142, I, do Código Penal e no art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/94."



Lê-se da queixa-crime a descrição da conduta, bem como os fundamentos pelos quais se sustentou a prática de calúnia (f. 22/23):

"(...)

a) CALÚNIA (ART. 138 do CP - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime)

'... com livraria e papelaria na praça (esse delegado assistente, embora em nome da esposa) é fornecedor da Prefeitura (sob investigação) sem que se conheça a devida licitação, refugindo-se, pois à transparência administrativa'.

O querelado imputou ao querelante a prática de conduta que configura crime previsto no Art. 89, Parágrafo único, da Lei n° 8.666/93, atualizada pelas Leis n°s 8.883/94, 9.032/95 e 9.648/98, a seguir reproduzidas:

'Art. 89 - Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Parágrafo único - Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, se beneficiou da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.'

Constata-se que o querelado imputou um fato certo e determinado ao querelado, o de ter fornecido materiais à Prefeitura, sem a devida licitação, refugindo-se (sic) a transparência administrativa.

(...)

Teve o propósito de ofender."

Donde a presente impetração, na qual se alega que, "estando as expressões tidas como ofensivas vinculadas com a discussão da

causa, como se reconheceu [no acórdão impugnado], evidenciando de forma notória a existência e constatação do **animus defendendi** e **narrandi** não se pode conceber justa causa".

Destaca-se que o Paciente "exercia seu múnus dentro de ação popular e no exercício de sua profissão, buscava colher provas para arrimar sua pretensão naquela lide", sendo que "a controvérsia se instalou quando soube que fora instaurado Inquérito Policial para apurar as mesmas fraudes em licitação, objeto daquela ação popular, quando requisitou cópia do citado persecutório, o que foi negado pela Autoridade Policial, pelo Poder Judiciário, dificultando-lhe obter provas em benefício da tese que discutia, ocasionando sua revolta e indignação pela castração de seu Direito de acesso às provas e a amplitude de defesa".

Ressalta-se ainda que esta "plausível e justificável indignação que foi reconhecida apenas como excesso de linguagem e jamais como crime contra a honra veio reconhecida pela própria Superior Corte e pela Corte de Alçada Criminal que determinara o trancamento das demais ações penais instauradas contra o Paciente, pelas mesmas razões".

Defende-se que o fato é atípico, quer pela ausência de dolo, quer pela imunidade judiciária, faltando, pois, a justa causa.

Por fim, após invocar precedentes desta Corte (RHC 43.413, 2ª T, Rel. **A. M. Vilas Boas**, voto do Min. **Pedro Chaves**, RTJ 40/271; HC 42.697, Pleno, **Victor Nunes Leal**, RTJ 35/533), defende a possibilidade, para verificar a existência de justa causa, do reexame, ainda que superficial, dos fatos e provas que permeiam a



lide, sob pena de tornar letra morta o disposto no art. 648, I, do C. Pr. Penal.

Indeferida a liminar, veio aos autos o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Il. Subprocurador-Geral **Haroldo da Nóbrega** que, após resumir o caso e ressaltar que houve apresentação de exceção da verdade (f. 61/62), opinou pelo indeferimento da ordem, sob o fundamento de que nada "há a rever no acórdão do STJ, que se impõe por seus próprios fundamentos" (f. 386/391).

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'H' followed by a vertical stroke and a small flourish at the bottom right.

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Não se questiona, na presente impetração, a tipicidade da seguinte conduta narrada na queixa-crime:

'... com livraria e papelaria na praça (esse delegado assistente, embora em nome da esposa) é fornecedor da Prefeitura (sob investigação) sem que se conheça a devida licitação, refugindo-se, pois à transparência administrativa'.

Segundo a própria queixa, tal conduta se amolda, em tese, à descrita no art. 89 da L. 8.666/93, que dispõe:

*'Art. 89 - Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:*

*Parágrafo único - Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, se beneficiou da dispensa ou inegibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.'*

O que se sustenta é que, ao proferir aquelas expressões, além de o paciente não tido a intenção de caluniar, estava acobertado pela "imunidade judiciária".

Mas, não é o **habeas corpus** a via adequada para aferir da concorrência do elemento subjetivo da calúnia.

E, de imunidade judiciária, não há falar na espécie.

O art. 133 da Constituição Federal, ao estabelecer que o advogado é "inviolável por seus atos e manifestações no exercício da





profissão", possibilitou fosse contida a eficácia desta imunidade judiciária aos "termos da lei".

Essa vinculação expressa aos "termos da lei" faz de todo ocioso, no caso, o reconhecimento pelo acórdão impugnado de que as expressões contra terceiro sejam conexas ao tema em discussão na causa, se elas configuram, em tese, o delito de calúnia.

É que o art. 142, I, do C. Penal, ao dispor que "não constituem injúria ou difamação punível (...) a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador", criara causa de "exclusão do crime" apenas com relação aos delitos que menciona - injúria e difamação -, mas não quanto à calúnia, que omitira.

Ressalte-se que referida imunidade não foi estendida à calúnia nem com a superveniência da L. 8.906/94, - o Estatuto da Advocacia e da OAB -, cujo art. 7º, § 2º, só lhe estendeu o âmbito material - além da **injúria** e da **difamação**, nele já compreendidos conforme o C.Penal -, ao desacato (tópico, contudo, em que teve a sua vigência suspensa pelo Tribunal na ADInMC 1127, 5.10.94, **Brossard**, RTJ 178/67).

Nessa linha, a decisão da Segunda Turma no HC 81517, 2.4.02, da lavra do em. Ministro Maurício Corrêa (DJ 14.6.02).

Esse o quadro, indefiro o **habeas corpus**: é o meu voto.



09/11/2004

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 84.446-4 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, da tribuna, apontou-se que se teria veiculado o fato em ação popular.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE E RELATOR) - Não, não é na ação popular.

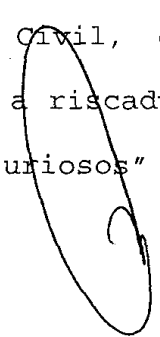
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Um incidente alusivo à ação popular.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE E RELATOR) - Houve negativa de vista do inquérito policial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E, aí, impetrou-se mandado de segurança, para lograr-se vista dos documentos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (PRESIDENTE E RELATOR) - O problema é que nem a tipicidade nem a veracidade da acusação foram contestadas no **habeas corpus**.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O que me preocupa é a atuação profissional, em si, do advogado, a inviolabilidade relativa - reconheço que relativa - prevista no artigo 133 da Constituição Federal e, a contrabalançar essa atividade do profissional, há o artigo 15 do Código de Processo Civil, que permite ao juiz exercer o poder de polícia, determinando a riscadura de termos que possam surgir como "injuriosos", e "injuriosos" no



sentido lato. O profissional atuara no campo jurisdicional e mediante um mandado de segurança.

Peço licença a Vossa Excelência para solicitar vista do processo.

A handwritten signature, possibly 'M', is enclosed within a hand-drawn oval shape on the right side of the page.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 84.446-4

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

PACTE.(S): JOÃO CUSTÓDIO DE ALENCAR

IMPTE.(S): ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** Após os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Relator, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau indeferindo o pedido de **habeas corpus**, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Falou pelo paciente o Dr. Daniel Leon Bialski. 1ª Turma, 09.11.2004.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

  
Ricardo Dias Duarte  
Coordenador

23/11/2004

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 84.446-4 SÃO PAULOV O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Na assentada em que teve início o julgamento, de 9 de novembro de 2004, pedi vista para reflexão sobre os parâmetros deste *habeas corpus*. O ato impugnado tem a seguinte ementa (folha 125):

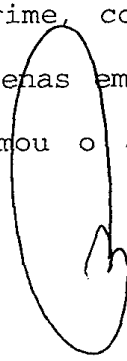
(...)

III - A imunidade prevista no art. 133 da *Lex Maxima*, no art. 142, I, do Código Penal e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94 não abrange o crime de calúnia (**Precedentes do STF e do STJ**).

IV - Quanto à suposta ocorrência de injúria e difamação, as expressões tidas por ofensivas, e que serviram como supedâneo à pretensão punitiva, foram irrogadas em juízo e estão, inquestionavelmente, relacionadas com a causa em discussão, encontrando-se, assim, amparadas pela imunidade judiciária.

(...)

O relator pronunciou-se pelo indeferimento da ordem, alicerçando o voto na circunstância de a inviolabilidade constitucional fazer-se eficaz na forma prevista em lei. Então, presentes os artigos 142, inciso I, do Código Penal e 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94, no que excluem a ocorrência de crime, considerada ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, apenas em face das figuras penais da injúria e da difamação, proclamou o acerto da decisão proferida. Passo a votar sobre a matéria.



A Constituição Federal protege o exercício profissional, atendidas as qualificações estabelecidas em lei - inciso XIII do artigo 5º. Mais do que isso, de acordo com o artigo 133 dela constante, o advogado é indispensável à administração da justiça, seguindo-se predicado viabilizador de atuação equidistante - sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão. É certo que o preceito contém a cláusula "nos termos da lei". Cumpre, então, indagar o sentido que alcança, levando em conta o valor irrefutável da atuação equidistante, preservada pela inviolabilidade de atos e manifestações no exercício da profissão.

Ora, há de se emprestar ao contexto constitucional a maior eficácia possível, sem submetê-lo, no que revelado predicado indispensável a tornar prevalecente e frutífera a atuação do advogado, ao legislador ordinário. Não é crível que a Carta da República seja interpretada, diante de algo de suma importância - e assim reputo a inviolabilidade -, à luz da legislação ordinária. Se, de um lado, esta versa sobre o afastamento da ocorrência de crime, em vista do que lançado pelo profissional da advocacia em peças apresentadas em juízo, quanto à injúria e à difamação, estando suspensa a eficácia do Estatuto, relativamente ao desacato - ação direta de inconstitucionalidade em curso -, de outro, não entendo o que previsto como a limitar a norma constitucional, afastada, com essa limitação, a abrangência da inviolabilidade, a ponto de apanhar a calúnia e, portanto, os crimes contra a honra como um todo. As

três figuras encerram, da mesma forma, tipos penais, descabendo, para o efeito pretendido neste *habeas corpus*, a distinção. Colho da peça primeira da ação penal privada intentada que tudo se deu no mesmo contexto, ou seja, as palavras enquadradas como injúria, difamação e calúnia vieram à balha na inicial de mandado de segurança. O profissional da advocacia não lograra o acesso a cópias de inquérito e, aí, impetrou mandado de segurança contra o ato do delegado Ademar Pinheiro Sanches. Pois bem, nessa peça, acabou por lançar (folha 22):

E a omissão do impetrado (Dr. Ademar Pinheiro Sanches) induz até cumplicidade, acobertadora vária, eis a segunda pessoa daquela Seccional de Polícia, o **rumoroso** delegado Roberto Locatelli, assistente, é **cria** do escritório advocatício do impetrado e que, com livraria e papelaria na praça (esse delegado assistente, **embora em nome da esposa**) é fornecedor da Prefeitura (sob investigação), **sem que se conheça a devida licitação, refugindo-se, pois, à transparência administrativa.** (grifos originais)

Vale frisar que a tentativa de lograr peças deu-se no tocante a ação popular sob o patrocínio do paciente. Pois bem, esse trecho deu margem à propositura de queixa-crime, considerados os três tipos concernentes à honra, e então, porque a legislação ordinária não é explícita quanto ao afastamento da calúnia, houve o trancamento, relativamente apenas à injúria e à difamação.

Empolgo o texto do artigo 133 da Constituição Federal com visão abrangente sobre a inviolabilidade nele prevista. Deixa ela de existir, inibindo o profissional da advocacia, a partir do momento em que fatos porventura assacados em juízo, na defesa de

interesses individuais ou coletivos, possam acarretar a responsabilidade penal sob o ângulo da imputação de crime contra a honra. Daí pedir vênia ao relator - e reconheço que o enfoque de Sua Excelência é harmônico com precedentes desta Corte - para divergir e conceder a ordem, trancando a ação penal também quanto ao crime de calúnia.





PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 84.446-4

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

PACTE.(S): JOÃO CUSTÓDIO DE ALENCAR

IMPTE.(S): ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Relator, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau indeferindo o pedido de **habeas corpus**, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Falou pelo paciente o Dr. Daniel Leon Bialski. 1ª Turma, 09.11.2004.

Decisão: Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria de votos, indeferiu o pedido de **habeas corpus**; vencido o Ministro Marco Aurélio, que o deferia. 1ª. Turma, 23.11.2004.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvello Rocha.

  
Ricardo Dias Duarte  
v/ Coordenador