



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



02205680

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 990.08.078800-0, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes ROGÉRIO SEGUINS MARTINS JÚNIOR e OTÁVIO AUGUSTO ROSSI VIEIRA e paciente PAULO SERGIO LEITE FERNANDES.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR VOTAÇÃO UNÂNIME, CONCEDERAM A ORDEM, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL Nº 768/07, DA 31ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO PAULO. DECLARAM VOTOS OS DESEMBARGADORES POÇAS LEITÃO E EDUARDO BRAGA", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente) e EDUARDO BRAGA.

São Paulo, 13 de novembro de 2008.


LOURI BARBIERO
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
8ª CÂMARA CRIMINAL

VOTO Nº 4781

HABEAS CORPUS Nº 990.08.078800-0

PACIENTE: PAULO SÉRGIO LEITE FERNANDES

IMPETRANTES: ROGÉRIO SEGUINS MARTINS JÚNIOR E OTÁVIO AUGUSTO ROSSI VIEIRA

COMARCA: SÃO PAULO

Os Advogados **ROGÉRIO SEGUINS MARTINS JÚNIOR E OTÁVIO AUGUSTO ROSSI VIEIRA** impetraram a presente ordem de **HABEAS CORPUS**, em favor de **PAULO SÉRGIO LEITE FERNANDES**, com pedido de liminar, alegando constrangimento ilegal por parte do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 31ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO PAULO**, consistente na falta de justa causa para a ação penal nº 768/07, em que o paciente está denunciado como incurso no artigo 138, c.c. o 141, incisos II e III, ambos do Código Penal. Liminarmente, pretendiam a suspensão do processo. No mérito, buscam o trancamento da ação penal, alegando, para tanto, atipicidade da conduta, pois o fato é verdadeiro, e imunidade judiciária, uma vez que o paciente praticou o ato durante o exercício da advocacia. Sustentam, ainda, cerceamento de defesa, por ter o MM. Juiz *a quo* negado prosseguimento à exceção da verdade (fls. 02/158).

Indeferida a liminar (fls. 160), a autoridade apontada como coatora prestou as informações de praxe (fls. 163/165).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela



2

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
8ª CÂMARA CRIMINAL

denegação da ordem (fls. 167/174).

É O RELATÓRIO.

Postulam os Impetrantes o trancamento da ação penal nº 768/07, em que o paciente responde como incurso no artigo 138, c.c. o 141, incisos II e III, ambos do Código Penal, alegando atipicidade da conduta, imunidade judiciária e cerceamento de defesa.

Assiste razão aos Impetrantes, pois, realmente, os fatos descritos na denúncia são manifestamente atípicos.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a denúncia, ao imputar o crime de calúnia ao paciente, toma por base duas condutas do paciente, quais sejam, a de atribuir falsamente ao Procurador Geral de Justiça, em razão de sua função, o ato de **"efetuar pagamento a uma polícia secreta, em dupla folha de pagamento, a soldo da Procuradoria Geral, com fins espúrios"**, o que caracterizaria, em tese, o crime de peculato-desvio (art. 312, *caput*, do Código Penal), e a de que **"o Procurador-Geral paga essa polícia para obter sucesso naquilo que lhe interessa pessoalmente"**, o que tipificaria, em tese, o crime de prevaricação (praticar ato de ofício contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal - Art. 319, segunda parte, do Código Penal) - (fls. 22/26).

Quanto à primeira conduta, patente sua atipicidade visto que o crime de calúnia exige que o agente impute a alguém, **falsamente**, fato definido como crime.

Ora, o próprio representante do *Parquet*, ao opinar contrariamente ao prosseguimento da *exceptio veritatis* oposta pelo



3

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
8ª CÂMARA CRIMINAL

paciente, disse que **“a providência se faz desnecessária já que a fls. 491 e seguintes, junta o réu depoimentos dos referidos policiais militares que laboraram no GAECO. Se deseja fazer prova quanto à sua alegação, o réu já o fez, juntando a documentação já mencionada. Desnecessário, portanto, o procedimento de exceção da verdade”** (fls. 104/106), o que levou o MM. Juiz *a quo*, na r. decisão que indeferiu o processamento da referida exceção (fls. 107), a afirmar que **“o fato que se quer verdadeiro já é admitido a fls. 583”** (grifo meu).

Desta forma, se o fato é tido como verdadeiro não há como imputar ao paciente o crime de calúnia, já que está ausente uma das elementares do tipo penal.

Por outro lado, no que tange à segunda conduta, o fato também é atípico. Isto porque, o delito previsto no artigo 138, *caput*, do Código Penal, como é sabido, exige, para sua tipificação, o chamado *dolo específico*, ou seja, o ânimo de caluniar.

In casu, ambas as frases foram proferidas pelo paciente em debate acalorado com o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, em sessão de julgamento da 14ª Câmara Criminal, em que o objetivo do paciente era, evidentemente, o de defender seu cliente, que estava sendo investigado justamente pelos policiais que estariam recebendo o segundo salário em folha de pagamento emitida pela Procuradoria Geral de Justiça.

Note-se que, na Ata de Julgamento, constou expressamente que as frases proferidas pelo paciente **“foram veementemente repelidas pelo Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Carlos Eduardo de Athayde Buono”** (fls. 95). E, ainda, o próprio



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
8ª CÂMARA CRIMINAL

Desembargador Relator do feito, Dr. Vidal de Castro, esclareceu, na r. decisão de fls. 103, que **tal sessão de julgamento foi tumultuada pelo acalorado debate, que se prolongou por cerca de 01 (uma) hora**, o qual foi travado entre o ilustre representante do Ministério Público e o nobre Advogado (ora paciente).

Neste passo, vê-se claramente que as imputações feitas pelo paciente ao Procurador Geral de Justiça se deram no calor de uma discussão em que ele defendia os interesses de seu cliente, o que afasta o elemento subjetivo do tipo, qual seja, o ***animus caluniandi***.

Nesse sentido:

"Se a intenção era outra, como de defender alguma coisa, narrar, criticar etc., não se configura a calúnia, ainda que as palavras, frases ou expressões, analisadas objetivamente, sejam aptas a ofender" (TRF da 4ª R., RT 818/720).

"A intenção de defender (*animus defendendi*) neutraliza a intenção de caluniar (*animus caluniandi*)" (TACrSP, Julgados 70/165; TAMG, RT 634/331).

"Calúnia. Não caracteriza a constatação, pelo advogado, de irregularidades procedimentais, erros graves, omissões, falhas e vícios processuais, declarados como de responsabilidade do juízo ou da escrivania (STJ, RHC 1.190, DJU 29.6.92, pp. 10331-2), ou se pronunciou exacerbadas palavras contra o representante do Ministério Público, no estrito exercício profissional do animus defendendi" (STJ, RHC 3.042, DJU 25.10.93, pág. 22504).

E ainda:

"Não há calúnia sem dolo e o *animus defendendi* não se concilia com o dolo. Logo, onde não há



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
8ª CÂMARA CRIMINAL

o fim de ofender não há calúnia” (STJ – Resp. – Rel. Édson Vidigal – RSTJ 41/309).

“Não há crime de calúnia quando o sujeito pratica o fato com ânimo diverso, como ocorre nas hipóteses de *animus narrandi, defendendi, retorquendi, corrigendi e jocandi*” (STJ – Ação Penal – Rel. Bueno de Souza – RTSTJ 34/237).

Ante o exposto, **CONCEDO A ORDEM, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL Nº 768/07, DA 31ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO PAULO**, por atipicidade das condutas.



LOURI BARBIERO
Relator



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECLARAÇÃO DE VOTO

Voto nº 13.142

Dr. Louri Barbiero – voto nº 4781 (**Relator**)

Habeas Corpus nº 990.08.078800-0 - São Paulo

IMPETRANTES: Dr. ROGÉRIO SEGUINS MARTINS JÚNIOR

Dr. OTÁVIO AUGUSTO ROSSI VIEIRA

PACIENTE: Dr. PAULO SÉRGIO LEITE FERNANDES

Pelo meu voto, concedo a ordem para trancar a ação penal por ausência de justa causa para o seu prosseguimento.

É que é flagrante a atipicidade da conduta imputada ao paciente.

Não há dúvidas de que o paciente, renomado causídico com larga experiência no Foro Criminal, disse, durante sustentação oral perante a Colenda 14ª Câmara Criminal, desta Corte, que o Ministério Público deste Estado, representado por seu Procurador-Geral, mantinha sob suas ordens policiais militares especialmente remunerados para este fim, mas com verba paga pelo "Parquet" paulista, sem prejuízo do soldo regularmente pago pela Corporação que integram. Os impetrantes isso não negam e, na verdade, nem o poderiam, já que o paciente, por escrito, o admitiu (fls. 69 dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

memoriais).

Contudo, tal conduta não pode ser considerada como criminosa, consoante se verá a seguir.

Por primeiro, a exordial não descreve fatos que sejam falsos, sendo a falsidade elementar do delito de calúnia. E isso se dá porque um dos policiais militares, a serviço do Ministério Público, expressamente confirmou todas as alegações do paciente, como se percebe pela análise de seu testemunho cuja cópia está às fls. 111/113 dos memoriais. Confirmou o miliciano que desempenha suas funções junto ao Grupo de Apoio e Repressão ao Crime Organizado (GAECO), atendendo a determinações dos Promotores de Justiça, inclusive com fins investigativos, ressaltando que foi designado para tal função por ato do Procurador-Geral de Justiça. Afirmou, ainda, que recebe *“o salário pela Polícia Militar e tem a gratificação por trabalhar no Ministério Público”* (fls. 114 dos memoriais).

E a veracidade desses fatos foi já confirmada pela Autoridade apontada como coatora, tanto que, sob tal fundamento, se indeferiu a exceção da verdade oposta em favor do paciente (fls. 77 dos memoriais). Estampados e admitidos nos autos



2



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

os fatos como verdadeiros, sem sentido mesmo a exceção da verdade.

Portanto, veraz a afirmação deduzida pelo paciente, não se pode cogitar da ocorrência do delito de calúnia.

Outrossim, constatando que o paciente, simplesmente, repetiu o quanto afirmado pelo mencionado policial militar, não se nota o ânimo deliberado de ofender a honra do respeitado então chefe máximo do "Parquet" Paulista, eminente e culto Procurador de Justiça, Dr. Rodrigo Rebello Pinho.

E não se pense que, afastado o delito de calúnia, a conduta do paciente se subsumiria a outro tipo penal.

Se operada a desclassificação da imputação efetuada para outro delito contra a honra, vale dizer, para difamação ou para injúria (cf., respectivamente, os artigos 139 e 140, ambos do Código Penal), fatalmente o paciente teria que ser considerado imune, nos precisos termos do inciso I, do artigo 142 do Código Penal.

Isso porque as afirmações efetuadas durante a Sessão de Julgamento do "Habeas Corpus" impetrado pelo ora paciente na defesa dos interesses de cliente, guardam, por óbvio,



3



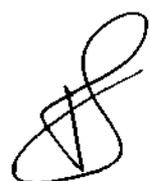
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estreito nexos com o exercício da função de advogado, pois procuraram demonstrar a eventual irregularidade da atuação de policiais militares junto ao Ministério Público, responsáveis pelo cumprimento de tarefas em diligências que levaram à prisão do paciente do Habeas Corpus então em julgamento naquela já referida sessão da 14ª Câmara.

Ressalte-se, ademais, que a imunidade do advogado frente a crimes contra a honra, quando no exercício de suas funções, deriva de mandamento constitucional, “verbis”: **“Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”**

E a norma se amplia no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: **“Art. 7º, § 2º. O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.”**

Em casos análogos ao vertente, o Colendo Superior



4



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tribunal de Justiça também reconheceu a atipicidade da conduta imputada a advogados, como ilustra o seguinte julgado:

“1- Se não está comprovado o “animus caluniandi”, nem que o agente tinha conhecimento da falsidade do fato criminoso imputado ao ofendido, a conduta não é típica, faltando justa causa para a instauração da ação penal pelo crime de calúnia.

2- Não constituem o crime de difamação as palavras deselegantes e rudes escritas numa petição, sem o desejo de atribuir defeitos ao pretense ofendido, mas tão-só utilizadas para ressaltar questões de interesse do cliente do advogado.

3- O advogado, no exercício da defesa de seu cliente, possui imunidade em relação a eventuais palavras injuriosas ou difamatórias, desde que não se comprove injustificado excesso ou falta de relação com a defesa.

4- Ordem concedida para trancar a ação penal.

(HC 76.356/RJ, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), sexta turma, julgado em 21/02/2008, DJe 10/03/2008)

É claro que os advogados, mormente os mais antigos e experientes, embora na defesa de seus clientes, devem sempre



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

procurar conter-se, evitando a ultrapassagem dos limites do razoável, não permitindo que palavras ou expressões lançadas da catapulta das emoções, venham a respingar na honorabilidade deste ou daquele.

Mas não se pode deixar de considerar natural que, quando eventualmente provocados, os defensores reajam de forma mais enérgica, firme, especialmente no calor dos debates em sessões do Tribunal do Júri ou em suas sustentações orais nos Tribunais.

Da mesma maneira que Piero Calamandrei, em sua clássica obra, "Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados", recomenda respeito e compreensão para com os julgadores, devem estes, também, em contrapartida, respeitar e buscar compreender os advogados e membros do Ministério Público no exercício de suas relevantes e indispensáveis funções.

Excessos eventuais sempre existem aqui e ali.

Mas, muitas vezes, se praticados por jovens profissionais, devem ser atribuídos, em grande parte, ao ímpeto e inexperiência próprios da juventude. Se levados a efeito por advogados tarimbados e mais velhos, então é de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

imaginar-se que, quanto a este último qualificativo, só o são fisicamente, mantendo preservados, porém, o vigor e o espírito joviais.

E, nesse passo, poucas vezes se vêem presentes os “animi” próprios dos delitos contra a honra.

Não será demais lembrar que advogados, Poder Judiciário e Ministério Público devem andar juntos, cada um, é claro, dentro dos limites previamente estabelecidos.

Fala-se que os três, afinal de contas, estão num mesmo barco. Mas eu diria que as três importantes instituições encontram-se, na verdade, em barcos individuais, mas fortemente amarrados uns nos outros, de tal maneira que afundando um, os outros igualmente irão a pique.

Portanto, como visto, é patente a atipicidade da conduta imputada ao paciente. E, de qualquer forma, se assim não se entender, de rigor a consideração de que o ora paciente está acobertado pela imunidade profissional quando na defesa de seu cliente.

Em vista disso, sob qualquer ângulo que se analise as questões postas neste “Habeas Corpus”, verifica-se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inexistir justa causa para dar lastro à ação penal movida contra o paciente, sendo, pois, de rigor o seu trancamento.

É como voto.

Assinatura manuscrita em tinta preta, caracterizada por traços fluidos e amplos, formando uma assinatura que parece ser 'Poças Leitão'.

POÇAS LEITÃO
2º Juiz



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Oitava Câmara do Quarto Grupo – Seção Criminal

VOTO N. 11.837 - VISTA

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

HABEAS CORPUS N. 990.08.078800-0 / SÃO PAULO
31ª Vara Criminal - Fórum Central Criminal Barra Funda
Processo n. 583.50.2007.015926-2/0 (768/07)

IMPETRANTE(s): ROGÉRIO SEGUINS MARTINS JUNIOR e OTAVIO
AUGUSTO ROSSI VIEIRA

PACIENTE: **PAULO SÉRGIO LEITE FERNANDES**

Vistos.

Cuida-se de *HABEAS CORPUS* impetrado pelos advogados ROGÉRIO SEGUINS MARTINS JUNIOR e OTAVIO AUGUSTO ROSSI VIEIRA, em favor de **PAULO SÉRGIO LEITE FERNANDES**, qualificado nos autos, alegando que este sofre constrangimento ilegal por parte do MM. JUIZ DE DIREITO "a quo", nos autos do processo acima indicado.

HABEAS CORPUS N 990.08.078800-0 - SÃO PAULO - (VOTO N 11 837)



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Oitava Câmara do Quarto Grupo – Seção Criminal

Afirmam os impetrantes, em favor do paciente, que este está denunciado como incurso no artigo 138, c.c. o artigo 141, incisos II e III, ambos do Código Penal. Querem o trancamento da ação penal, alegando, para tanto, atipicidade de conduta, pois o fato é verdadeiro, e imunidade judiciária, uma vez que o paciente praticou o ato durante o exercício da advocacia. Alegam, igualmente, cerceamento de defesa, por ter negado, a dd. Autoridade impetrada, prosseguimento à exceção da verdade. Requereram liminar, que restou indeferida. Vieram informações e a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

É O SUCINTO RELATÓRIO.

TAMBÉM VOTO COM O EMINENTE RELATOR.

O que causou a instauração da ação penal foram as frases constantes da denúncia, e que teriam sido proferidas pelo paciente, quando dos fatos, ou seja: *"efetuar pagamento a uma policia secreta em dupla folha de pagamento, a soldo da Procuradoria Geral, com fins espúrios"* e *"O Procurador Geral paga essa policia para obter sucesso naquilo que lhe interessa pessoalmente"*.

A primeira oração caracterizaria, em tese, o crime de pedulato – desvio, previsto no artigo 312 "caput" e a segunda caracterizaria, em tese, o crime previsto no artigo 319, segunda parte, ambos do Código Penal.

Assinatura manuscrita em tinta preta, com uma letra inicial grande e decorativa.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Oitava Câmara do Quarto Grupo – Seção Criminal

No atinente à primeira, tem-se que o Promotor de Justiça subscritor da manifestação levada a efeito nos autos de origem (fls. 106), admite que a “exceção da verdade” requerida era desnecessária, *“já que a fls. 491 e seguintes, junta o réu depoimentos dos referidos policiais militares que laboraram no GAECO. Se deseja fazer prova à sua alegação, o réu já o fez, juntando a documentação já mencionada. Desnecessário, portanto, o procedimento de exceção da verdade”*.

Em assim sendo, não há imputação falsa de fato definido como crime e, por via de consequência, não há a calúnia. Trata-se de conduta atípica.

No atinente à segunda oração, também objeto da ação penal instaurada, há ausência de dolo porque a oração surgiu em meio a debate havido entre o paciente e o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Carlos Eduardo Athayde Bueno, quando dos fatos, **e vice-versa**, que tomou proporções tumultuadas, conforme anotado na ata de julgamento daquele HC, eis que os trabalhos se prolongaram por cerca de uma hora, excedendo o prazo regimental – (fls. 104).

E, no calor dos debates, o paciente, na qualidade de defensor, defendia os interesses do então paciente, seu cliente. O digno Procurador de Justiça, por sua vez, à evidência, defendia os interesses da instituição a que pertence. Ausente, nesse caso, a meu entendimento, data vênia, o dolo, e por assim dizer, o *“animus caluniandi”*. Tem-se que a intenção não era a de ofender, mas a de defender o seu cliente.



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Oitava Câmara do Quarto Grupo – Seção Criminal

Nesse passo, é fundamental para a existência do crime do artigo 138 do Código Penal, que o agente aja dolosamente, inexistindo a forma culposa. E mesmo que tenha existido, de forma implícita, o aludido dolo, este se esvaiu, na medida em que tudo aconteceu em meio aos debates já mencionados, sem intenção de macular a honra alheia.

"O delito de calúnia exige "dolo específico" ou "animo de caluniar".
Nesse sentido: TACRIM/SP, JULGADOS, 80/281; STF, RTJ 145/381; TJSP, RJTJSP 176/336.

Portanto, na esteira do voto do eminente Relator, também voto para trancar a ação penal de que se trata (Processo 768/07, da 31ª Vara Criminal Central, desta comarca de São Paulo, SP).


EDUARDO BRAGA
Terceiro Juiz