

### **Crime contra a honra - Calúnia - Advogado - Imunidade profissional não caracterizada - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Funcionário público - Conceito - Causa de aumento de pena - Aplicabilidade**

Ementa: Penal. Processual penal. Apelação criminal. Calúnia. Preliminares rejeitadas. Imunidade do advogado. Limites extrapolados. Não-caracterização. Ofensa a funcionário público. Majorante mantida. Circunstâncias judiciais parcialmente desfavoráveis. Penas mantidas.

- A imunidade prevista no art. 142, I, do Código Penal não abrange o delito de calúnia, por falta de previsão expressa no *caput* do dispositivo.

- Nos termos do art. 327 do CP, considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

- As circunstâncias judiciais parcialmente desfavoráveis justificam a pena-base acima do mínimo legal.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0534.05.002176-3/001 - Comarca de Presidente Olegário - Apelante: Israel Mendonça Souza, em causa própria - Apelado: Antônio Simões da Cunha Neto, em causa própria - Relator: Des. ELI LUCAS DE MENDONÇA**

#### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES, NEGAR PROVIMENTO E FAZER RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2008. - *Eli Lucas de Mendonça* - Relator.

#### **Notas taquigráficas**

DES. ELI LUCAS DE MENDONÇA - Apelação interposta por Israel Mendonça Souza, inconformado com a r. sentença de f. 694/706, que condenou o primeiro como incurso nas sanções do art. 138 c/c o art. 141, II, ambos do Código Penal, às penas definitivas de 1 ano e 2 meses de detenção (substituída por duas penas restritivas de direitos), regime aberto, e 60 dias-multa, à base de 20/30 do salário mínimo vigente à data do fato. O

mesmo *decisum* o absolveu da imputação dos delitos do art. 139 e extinguiu a punibilidade em relação ao delito do art. 140, ambos do Código Penal.

Narra a queixa-crime, f. 02/10, em síntese, que, na data de 05.07.2001, o apelante enviou ao Prefeito do Município de Presidente Olegário/MG um relatório cujo teor, além de injuriar e difamar o apelado Antônio Simões da Cunha Neto, imputava-lhe o crime de tergiversação de mandato, quando da defesa do Município em ação de reintegração de posse, alegando que este favorecera a parte adversa em detrimento do interesse público.

Consta, ainda, que o teor desse documento ganhou notoriedade na data de 06.07.2001, através do Ofício nº 128/2001, endereçado ao Presidente da Câmara Municipal.

Intimações regulares, f. 718.

Pleiteia o apelante, f. 732/742, em tumultuadas alegações, preliminarmente, a nulidade da sentença, que não se manifestou acerca da exceção da verdade; a declaração de suspeição do Sentenciante; e a realização de diligência. No mérito, além de contestar o reconhecimento da prescrição em relação ao delito de injúria, requer a absolvição pela atipicidade do fato, por ausência de *animus calumniandi* no envio do relatório, já que elaborado no exercício da advocacia, e, alternativamente, o decote da majorante do art. 141, II, do CP e a redução da pena-base.

Apelo contra-arrazoado, f. 954/957, em que se pleiteia a rejeição da preliminar e o desprovemento do recurso, ao que aquiescem o Ministério Público, f. 961/968, e a d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 976/980.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Analisando a preliminar de nulidade da sentença ante a ausência de manifestação sobre a exceção da verdade para rejeitá-la, *data venia*.

A exceção foi proposta, equivocadamente, em sede de alegações finais - e não em peça apartada (via própria) -, pelo apelante, e, conforme bem salientado pelo d. Promotor de Justiça oficiante:

Foi ela devidamente processada, esclarecendo que, *in casu*, processar a queixa-crime consistiria apenas em fazê-la encartar aos autos, uma vez que tudo o que o recorrente pretender demonstrar à guisa de *exceptio veritatis* se materializava em prova documental (f. 963).

Ora, o MM. Juiz, na r. sentença de f. 694/706, analisou a tese alegada e fundamentou sua decisão conforme o contexto das provas, concluindo que o apelante praticou o crime descrito na denúncia. Ao assim justificar a conclusão, evidentemente que julgou improcedente a exceção, não havendo que se falar em nulidade.

De fato, o recorrente, através dos documentos juntados às f. 225/686, não comprovou a veracidade dos fatos ofensivos à reputação do apelado, conforme esclarecido, satisfatoriamente, pelo d. Sentenciante quando da prolação da decisão.

Rejeito, pois, a preliminar.

Lado outro, no que tange à alegada suspeição do Juiz sentenciante, em que pese o reconhecimento de que a exceção de suspeição pode ser argüida mesmo após a prolação da sentença, desde que comprovada a ocorrência de fato superveniente que se enquadre nas hipóteses legais, tem-se, no entanto, que a mesma deve ser elaborada por meio de petição própria, dirigida ao juiz *a quo*, sendo incabível sua argüição como preliminar do recurso de apelação, razão pela qual a rejeito.

Ainda, quanto ao pedido de diligência - envio de ofício ao Delegado de Polícia da Comarca de Presidente Olegário para remeter cópia da ocorrência policial formulada pela prática de lesão corporal contra a vítima Arlindo Mendes -, tal providência em nada se relaciona com os presentes autos, além de não contribuir para o esclarecimento dos fatos, devendo, também, ser rejeitada.

Passo ao exame do mérito.

Esclareço, inicialmente, que, ao contrário do sustentado pela defesa, ocorreu sim a prescrição da pretensão punitiva estatal, em sua modalidade retroativa, com a conseqüente extinção da punibilidade em relação ao delito de injúria - entre a data do recebimento da queixa-crime (24.06.2002, f. 44) e a data da sentença (11.02.2005, f. 707). A pena máxima cominada ao delito é de 6 meses, e, nos termos do art. 109, VI, do CP, a prescrição ocorrerá em 2 anos, prazo, então, já ultrapassado.

No que concerne ao delito previsto no art. 138 do CP, materialidade e autoria fartamente comprovadas pelos documentos de f. 12/24 e pelas declarações do apelante, f. 62/63.

A calúnia encontra-se configurada no relatório de f. 12/24, que imputou ao apelante a prática do crime de tergiversação, tipificado no art. 355 do Código Penal:

[...] Vislumbrei no ato do Doutor Antônio Simões Neto, não só a desídia, mas o crime de tergiversação de mandato, isto quer significar, aparentemente, advogar para o Município, defendendo os interesses do Poder Público, mas na realidade estaria advogando para os Senhores José Bento Rodrigues e D. Vicentina Pinheiro Rodrigues [...].

Ao contrário de suas ponderações, vejo que o apelante efetivamente teve a intenção de caluniar o então advogado do Município, ora apelado, extrapolando os limites da imunidade garantida ao seu desempenho profissional.

É que a imunidade prevista no art. 142, I, do Código Penal não abrange o delito de calúnia, por falta de previsão expressa no *caput* do dispositivo.

Ainda que assim não fosse,

A imunidade do advogado não é absoluta, restringindo-se aos atos cometidos no exercício da profissão, em função de argumentação relacionada diretamente à causa. Precedentes do STJ e do STF (STJ - RHC 15389/CE - Rel. Min. Gilson Dipp - 5º T. - j. em 09.03.2004 - DJ de 19.04.2004, p. 213).

Por outro lado, as testemunhas Januário José Pinheiro, Prefeito Municipal, f. 200/201, e Luiz Henrique Borges, preposto do Município - que, inclusive, se encontrava presente no momento em que a vítima assinou o acordo com as partes, f. 203/204 - confirmam a honestidade e a lisura da conduta do ofendido, esclarecendo, dessa forma, que não existiam motivos para as ofensas caluniosas proferidas pelo apelante.

Ressalte-se, ainda, que não há notícias de que a vítima estaria sendo investigada ou processada criminalmente pela suposta prática do delito a ela imputada pelo apelante.

Dessa forma, comprovadas as elementares e o dolo do delito de calúnia, afasto a absolvição reclamada.

Noutro giro, quanto ao pedido de decote da majorante descrita no art. 141, II, do CP, este também não prospera.

É que o delito foi praticado contra funcionário público, nos termos do art. 327 do CP: "Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública".

Ora, o apelado, conforme vastamente comprovado, estava investido na função de Assessor Jurídico do Município e foi caluniado em razão de suas funções - atuação no Processo Judicial nº 5.991/2000, f. 11.

Por fim, mantenho as penas nos moldes em que foram individualizadas, resultantes de criteriosa análise das circunstâncias judiciais (art. 59, CP), certo de que aquelas desfavoráveis ao apelante justificaram a superação do mínimo cominado. Outrossim, considerando a apenação prevista para o crime de calúnia (mínima de 6 meses e máxima de 2 anos), a fixação da pena-base em 1 ano de detenção não é exagero algum, já que intermediária.

Ademais, réu nenhum tem o direito público subjetivo à apenação mínima, senão à pena suficientemente justificada, nos limites da cominação. Daí que correta a sua fixação acima desse limite, tanto mais se se leva em conta que parte das circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao apelante.

Portanto, as penas aplicadas apresentam-se condizentes com a conduta incriminada, assim como o regime de seu cumprimento - aberto - e a substituição procedida, devidamente justificados na r. sentença.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso, mantendo, em todos os seus termos, a r. sentença prolatada.

Determino a remessa de cópia das razões de apelação, f. 732/742, ao Ministério Público Estadual e ao Juízo *a quo*, para que seja verificada a eventual prático-

ca de delitos contra a honra do MM. Juiz sentenciante, bem como daquele que se deu por suspeito à f. 82.

Custas, ex lege.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDI WAL JOSÉ DE MORAIS e RENATO MARTINS JACOB.

*Súmula* - REJEITARAM AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO E FIZERAM RECOMENDAÇÃO.

...