

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 57.561 - RS (2015/0054823-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE : JOAO PAULO BOENO PAGNO

ADVOGADO : MARCELO MARCANTE FLORES E OUTRO(S) - RS072813

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

## **RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):  
Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de JOAO PAULO BOENO PAGNO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado como incurso no art. 138, caput, c/c o art. 141, inciso II, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa impetrou prévio mandamus, pugnando pelo trancamento da ação penal, contudo, a ordem foi denegada, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 83):

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A HONRA. ART. 138 DO CP.

Trancamento da ação penal. Descabimento. O trancamento da ação penal é medida de caráter excepcional, aplicável quando verificada a inexistência de qualquer prova da materialidade ou de indícios da autoria, quando manifesta a presença de causa excludente de ilicitude, de extinção da punibilidade ou de caso de atipicidade do fato, o que não ocorre na espécie. As teses de ausência de dolo na ação do paciente e de que, apenas, se manifestou no exercício regular da profissão somente poderão ser examinadas com o necessário cuidado e profundidade durante a instrução processual, o que não cabe na via estreita do habeas corpus. Não se verifica, também, pelo fato denunciado, a ocorrência de crime impossível. Ausente constrangimento ilegal. ORDEM DENEGADA .

Aduz o recorrente, num primeiro momento, ser inepta a denúncia que lhe imputa o crime de calúnia, em razão de ter atribuído a

magistrado o crime de prevaricação, uma vez que, em nenhum momento, o recorrente indicou quais seriam os sentimentos ou interesses pessoais satisfeitos, razão pela qual não há se falar em imputação do crime de prevaricação.

Dessa forma, não defluindo da narrativa do recorrente o preenchimento do tipo penal de prevaricação, não há como lhe ser imputado o crime de calúnia.

Aponta, outrossim, que a conduta não possui lesividade, cuidando-se de crime impossível pela absoluta inidoneidade do meio, haja vista o processo de desagravo público requerido pelo recorrente ter tramitado em sigilo, não afetando, portanto, a honra objetiva da vítima. Ademais, afirma não haver suporte probatório mínimo a indicar o dolo específico, tratando-se de conduta atípica, dado o mero animus 'narrandi' e 'defendendi', com o intuito de defender seus direitos e prerrogativas profissionais.

No mais, entende que devem ser respeitadas as prerrogativas profissionais da advocacia, em especial a imunidade profissional do advogado, que "*não pode ser punido pelas suas manifestações, palavras e atos considerados ofensivos relativamente a quaisquer pessoas ou autoridades constituídas*".

Pede, liminarmente, a suspensão do processo até o julgamento final do presente writ. No mérito, pugna pelo trancamento da ação penal por inépcia da denúncia.

A liminar foi indeferida, às e-STJ fls. 169/170, pelo então Relator, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), e o Ministério Público Federal manifestou-se, às e-STJ fls. 180/182, pelo desprovimento do recurso, nos seguintes termos:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS  
CORPUS. CRIME CONTRA A HONRA. ORDEM DOS  
ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO RIO GRANDE DO SUL.  
PACIENTE ADVOGADO. CALÚNIA, EM TESE, ASSACADA  
CONTRA JUIZ POR SUPOSTA PREVARICAÇÃO (ARTS. 138 E 319,  
CP). INEXISTÊNCIA DE IMUNIDADE PROFISSIONAL (LEI Nº

8.906/94, ART. 7º, §2º). DENÚNCIA RECEBIDA.

IMPOSSIBILIDADE DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 57.561 - RS (2015/0054823-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):  
A insurgência merece prosperar. De plano, registro que o recurso ordinário em habeas corpus, assim como o mandamus originário, é instrumento processual que se presta a reparar constrangimento ilegal, evidente e incontroverso, que se revela ao julgador de plano. Não se destina, portanto, à correção de controvérsias que, embora existentes, demandam aprofundado exame de fatos e provas.

Ademais, não se pode descurar que o trancamento da ação penal por inépcia da denúncia se situa no campo da excepcionalidade, apenas se mostrando possível nos casos em que se demonstra, à luz da evidência, situações comprováveis de plano e suficientes ao prematuro encerramento da persecução penal.

Dessarte, não se admite, na maior parte das vezes, a apreciação de alegações fundadas na ausência de dolo na conduta do agente ou de inexistência de indícios de autoria e materialidade, pois tais constatações dependem, em regra, da análise pormenorizada dos fatos, ensejando revolvimento de provas incompatível com o rito sumário do habeas corpus.

Feitas essas considerações, passo ao exame da apontada inépcia e, para tanto, transcrevo a denúncia (e-STJ fls. 32/33 do apenso 3):  
“No dia 14 de setembro de 2012, em horário não esclarecido, nesta cidade, o denunciado, João Paulo Boeno Pagno, na condição advogado, caluniou Sérgio Fusquine Gonçalves, imputando-lhe falsamente fato definido como crime, ou seja, prevaricação, ao dizer que *"foi atingido por nítida retaliação do juiz do Juizado Especial Cível da Comarca de Caxias do Sul, Sérgio Fusquine Gonçalves, que agiu em represália à correta postura profissional de advogado"*.

Conforme consta dos autos, o denunciado ajuizou ação de execução de título extrajudicial autuada sob o n. 01031200053812, extinta pela vítima, juiz de Direito do Juizado Especial Cível, por irregularidade formal dos títulos.

Intimado da decisão por nota de expediente, o denunciado compareceu ao cartório, desentranhou os títulos que acompanhavam a inicial, preencheu-as e protocolou nova ação executiva autuada sob o n. 01031200055947.

Nesta última ação, a vítima, além de extingui-la pela coisa julgada, aplicou a penalidade de litigância de má-fé, bem como noticiou o fato à Delegacia Regional de Polícia e à OAB/RS (fls. 23/26).

Contrariado com as decisões do Magistrado, o advogado denunciado interpôs junto à OAB pedido de desagravo público, com assertivas que caracterizariam sua prevaricação, consoante transcrito acima (fls. 04/21): "Assim agindo, incorreu o denunciado, João Paulo Boeno Pagno, nas sanções do artigo 138, caput, c/c o artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal. E para que contra ela, se proceda, oferece o Ministério Público a presente denúncia e requer, recebida e autuada, seja a denunciada citada para apresentar resposta escrita, procedendo-se, posteriormente, à instrução e julgamento, com inquirição das pessoas ao final arroladas e o Interrogatório da agente. Cumprindo-se as demais formalidades legais, até final condenação".

Da leitura da inicial acusatória, verifico que a conduta delitiva imputada ao recorrente diz respeito ao trecho em que afirma que "*foi atingido por nítida retaliação do juiz do juizado Especial Cível da Comarca de Caxias do Sul, Sérgio Fusquine Gonçalves, que agiu em represália à correta postura profissional de advogado*".

Considerou, assim, o Ministério Público que o recorrente teria praticado crime de calúnia, ao atribuir à vítima o delito de prevaricação, em virtude das palavras transcritas acima.

Como é cediço, o delito de calúnia, descrito no art. 138 do Código Penal, dispõe que é crime "*caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime*".

Ademais, sendo a conduta praticada "*contra funcionário público, em razão de suas funções*", a pena é aumentada em um terço, conforme disciplina o art. 141, inciso II, do Código Penal. No caso, o fato definido como crime diz respeito ao delito de prevaricação, previsto no art. 319 do Código Penal, o qual dispõe ser crime "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal".

Na hipótese dos autos, verifica-se que o ato imputado ao magistrado é positivo, pois "*agiu em represália à correta postura profissional de advogado*", que "*foi atingido por nítida retaliação do juiz*". Contudo, não se menciona que a atitude do Magistrado contrariou disposição expressa de lei nem que assim agiu para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

De fato, a expressão "*contra disposição expressa de lei*" é elemento normativo do tipo, que demonstra atuação ilícita e contrária aos deveres funcionais, situação que não é narrada na inicial acusatória. Igualmente, não se identifica em que medida as palavras do recorrente apontaram que a vítima havia agido para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. De fato, não é possível extrair do trecho trazido na denúncia nenhuma nota de ilicitude, mas mera narrativa de situação que tem início com decisão judicial do Magistrado afirmando que "*a desfaçatez do advogado João Paulo Boeno Pagno foi tamanha que sequer se preocupou, diante da inexistência de uma caneta de tinta preta na ocasião, em preencher os títulos com caneta de cor diversa do preenchimento original. O indigitado advogado adulterou documento público, na frente de uma servidora deste Juizado, e distribuiu a mesma execução. com as mesmas partes, objeto e causa de pedir, que lá havia sido extinta por este juízo em face da irregularidade dos títulos.*"

A propósito, transcrevo a decisão na íntegra (e-STJ fls. 103/104): "Vistos. Notícia a informação retro que as notas promissórias ora executadas, quando apresentadas na secretaria deste juizado para distribuição, juntamente com a inicial, não estavam preenchidas com o local e a data de sua emissão, tendo o advogado João Paulo

Boeno Pagno, que assina a petição, solicitado à servidora que o atendeu uma caneta de tinta preta (mesmo tipo de caneta utilizado originalmente para o preenchimento dos títulos), o que lhe foi negado em razão de não haver tal tipo de caneta no local. Diante da negativa da servidora, o advogado, com uma caneta de tinta azul, registrou, nas oito notas promissórias que instruem a presente ação, o local e a data retroativa da emissão dos títulos. Consta, ainda, a existência de outras duas execuções de título extrajudicial (3120005381-2 e 31200055815), envolvendo as mesmas partes que figuram na presente ação. Ao compulsar os autos da execução de título extrajudicial distribuída por primeiro (3120005381-2), percebe-se, pela simples análise da inicial, que se trata da mesma execução de título extrajudicial ora em processamento, com as mesmas partes, mesmo objeto e causa de pedir, configurando-se aí a coisa julgada, consoante o que dispõe o parágrafo 3º do art. 301 do CPC. O objetivo daquele processo era a execução de oito notas promissórias (número que se percebe através das marcas dos grampos que seguravam os títulos e que se encontravam anexados às fls. 09/12 dos autos), cujo valor atualizado correspondia ao montante de R\$ 24.879,14, mesmo valor buscado no presente processo. A execução nº 3120005381-2 foi julgada extinta em razão da ausência da data de emissão das notas promissórias que se pretendia executar, o que representa irregularidade formal dos títulos e impede sua cobrança pela via executiva conforme o disposto nos artigos 75 e 76 do Decreto 57.663/66. Na mesma decisão que extinguiu aquela execução, foi autorizado o desentranhamento dos documentos juntados com a inicial. O procurador da exequente foi intimado da decisão por nota de expediente, publicada em 08/08/2012. Nessa mesma data, o advogado João Paulo Boeno Pagno compareceu ao cartório e desentranhou, mediante certidão no processo, os títulos que instruíram a inicial e que se encontravam grampeados às fls. 09/12 dos autos. Percebe-se que o advogado, tão logo tomou conhecimento da extinção do feito em face da irregularidade dos títulos, providenciou o desentranhamento destes e imprimiu uma cópia da inicial da ação n. 31200053812, distribuída em 31/07/2012, onde alterou apenas a data da petição para

08/08/2012. Instruiu o advogado a nova inicial com as notas promissórias desentranhadas daquela execução e, a fim de sanar a irregularidade apresentada nos títulos, de próprio punho, preencheu local e data de emissão das notas. A desfaçatez do advogado João Paulo Boeno Pagno foi tamanha que sequer se preocupou, diante da inexistência de uma caneta de tinta preta na ocasião, em preencher os títulos com caneta de cor diversa do preenchimento original. O indigitado advogado adulterou documento público, na frente de uma servidora deste juizado, e distribuiu a mesma execução, com as mesmas partes, objeto e causa de pedir, que já havia sido extinta por este juízo em face da irregularidade dos títulos. Assim, diante da flagrante adulteração havida nas notas promissórias ora executadas, documentos públicos, uma vez que desentranhadas da execução extrajudicial n. 3120005381-2, condeno o exequente ao pagamento de multa, nos termos do art. 17, incs. II e V, do CPC, de 1% (um por cento) sobre o valor da execução, bem como declaro extinta a presente ação, nos termos do art. 267, inc.V, do CPC. Oficie-se à Delegacia Regional de Polícia, comunicando acerca da ocorrência do fato, instruindo-o com fotocópia integral do presente processo, bem como da execução n. 3120005381-2, para que sejam adotadas as providências cabíveis. Nos mesmos termos, oficie-se à seccional da OAB desta Comarca. Intime-se”

Diante da decisão acima transcrita, formulou o recorrente pedido de desagravo público, no qual afirmou que *"foi atingido por nítida retaliação do juiz do juizado Especial Cível da Comarca de Caxias do Sul, Sérgio Fusquine Gonçalves, que agiu em represália à correta postura profissional de advogado"*.

Portanto, diante da narrativa apresentada e da contextualização dos fatos, constata-se que as expressões utilizadas pelo recorrente revelam seu descontentamento com a situação prévia ocorrida entre Magistrado e advogado, que gerou o pedido de desagravo, sem desbordar para a seara da ilicitude. Assim, é possível aferir, sem maior esforço intelectual, a atipicidade do crime de calúnia não apenas pela ausência de elemento normativo do tipo de prevaricação, mas também pela ausência do indispensável animus caluniandi. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CALÚNIA. SUPOSTAS OFENSAS IMPUTADAS A MAGISTRADO EM SEDE DE RECURSO INOMINADO E EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DEMONSTREM A INTENÇÃO DE OFENDER. ANIMUS CRITICANDI. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

I - A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

II - Esta col. Quinta Turma, em recente julgado, entendeu que nos "casos em que a inexistência da intenção específica de ofender a honra alheia é flagrante, admite-se, excepcionalmente, em sede de habeas corpus, a análise da presença do dolo específico exigido para a caracterização dos crimes contra a honra" (RHC 40.371/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 27/8/2014).

III - No caso dos autos, em que se alega a ausência de justa causa para a ação penal, a denúncia considerou que a recorrente "infringiu, por duas vezes em continuidade delitiva, o disposto no artigo 138, caput, c/c artigo 141, II, ambos do Código Penal", uma vez que "na qualidade de advogada atuando em causa própria, protocolizou duas petições, a primeira denominada 'EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO' (fl. 16) e a segunda 'RECURSO INOMINADO' (fl. 16), ambas referentes aos Autos SAJ/PG n. 075. 12.007937-7, documentos em que inseriu texto onde falsamente imputa ao Beck, a prolação de sentença contrária à Lei, por 'parcialidade' (fls.

18 e 32) e supressão de 'fase probatória' (fls. 18 e 32), tudo para

satisfação de interesse ou sentimento pessoal do ofendido, consistente em 'intuito vingativo em razão de pedido de providências [pela denunciada] junto a Corregedoria Geral de Justiça' (fls. 18 e 32), fato imputado que o artigo 319 do CP define como sendo o crime de 'Prevaricação'" (fls. 32-33, e-STJ). IV - É jurisprudência firme desta eg. Corte Superior de Justiça que "Nos crimes contra a honra, além do dolo, deve estar presente um especial fim de agir, consubstanciado no animus injuriandi vel diffamandi, consistente no ânimo de denegrir, ofender a honra do indivíduo [...] (HC 103.344/AL, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 22/6/2009). V - Na denúncia oferecida não há elementos que evidenciem a intenção de ofender a vítima. Nesse caso, afigura-se a atipicidade da conduta com a consequente falta de justa causa para a ação penal. VI - Na espécie, ainda que se reconheça a existência de críticas (animus criticandi) à atividade desenvolvida pelo magistrado, não se pode perder de perspectiva a orientação desta eg. Corte de que a prática do delito de calúnia pressupõe a existência de um objetivo próprio, qual seja, a intenção de ferir a honra alheia (animus diffamandi vel injuriandi). "A denúncia deve estampar a existência de dolo específico necessário à configuração dos crimes contra a honra, sob pena de faltar-lhe justa causa, sendo que a mera intenção de caçoar (animus jocandi), de narrar (animus narrandi), de defender (animus defendendi), de informar ou aconselhar (animus consulendi), de criticar (animus criticandi) ou de corrigir (animus corrigendi) exclui o elemento subjetivo e, por conseguinte, afasta a tipicidade desses crimes" (HC 234.134/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 16/11/2012). VII - O Ministério Público Federal, ao opinar no caso, manifestou-se pelo provimento do recurso, ante a "atipicidade da conduta imputada à paciente", uma vez que que a ação penal carece de justa causa, "não sendo possível concluir que a paciente tenha agido com o dolo de ofender a vítima. Ao contrário, fundamentou o pedido de suspeição do juiz, por entender que este havia sido parcial em seu julgamento" (fl. 244, e-STJ). Recurso ordinário provido para trancar a ação penal. (RHC 56.482/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 15/05/2015).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso em habeas corpus, para trancar a Ação Penal nº. 010/2.13.0002908-8. É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator