

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5010349-85.2016.4.04.7107/RS

RELATOR : LEANDRO PAULSEN

APELANTE : ROSELI

ADVOGADO : Cristiano Gessinger Paul

APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

DIREITO PENAL. CALÚNIA. ART. 138 DO CÓDIGO PENAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRESENÇA DAS ELEMENTARES DO TIPO. EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE. ART. 142, I, DO CP. INAPLICABILIDADE. IMUNIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO. CORREÇÃO, DE OFÍCIO, DO ERRO MATERIAL.

1. A atribuição de definição jurídica diversa ao fato narrado na denúncia não ofende o princípio da correlação entre a denúncia e a sentença, pois o acusado se defende dos fatos e não da capitulação legal.
2. O agente que, falsamente, imputa a outrem fato definido como crime, lançando acusações que atingem o bem jurídico protegido pelo art. 138 do Código Penal, qual seja, a honra e a imagem da pessoa, responde pelo crime de calúnia.
3. À vista da redação do art. 142, I, do CP - segundo o qual não constituem injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou seu procurador -, não se pode aplicar tal excludente de antijuridicidade às hipóteses que versam sobre o crime de calúnia, não abrangido pela norma.
4. A imunidade profissional não é absoluta, devendo ser cotejada com a prática de atos necessários e adequados ao exercício da advocacia, não podendo encobrir a prática de excessos que configurem delitos.
5. Condenada a apelante a uma pena de 9 (nove) meses de detenção, conforme a primeira parte do § 2º do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por multa ou uma pena restritiva de direitos. Afastada, de ofício, a pena alternativa de prestação pecuniária. Súmula 134/TRF4.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação defensiva, e, de ofício, afastar a pena alternativa de prestação pecuniária, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 07 de novembro de 2018.

Desembargador Federal Leandro Paulsen
Relator

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Leandro Paulsen: 1. *Denúncia* (ev. 1). O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de **ROSELI (Dados Pessoais)**, dando-a como incurso nas sanções do art. 140 (injúria), com a causa de aumento do art. 141, II e III, na forma do art. 70, *caput*, todos do Código Penal, pelos seguintes fatos:

"A denunciada ROSELI injuriou Rafael Farinatti Aymone, Juiz Federal Substituto da 5ª Vara Federal de Caxias do Sul, e Noerci da Silva Melo, Delegado de Polícia Federal, Chefe da Delegacia da Polícia Federal de Caxias do Sul, em razão de suas funções públicas, ofendendo-lhes a dignidade e o decoro, ao requerer ao Ministério Público Federal que investigasse as vítimas, como se essas, em razão de suas funções, tivesse agido de forma ímproba e/ou criminosa.

O pedido de investigação das vítimas, elaborado pela acusada, aportou, na data de 11 de setembro de 2015, na Sala de Atendimento ao Cidadão da Procuradoria da República em Caxias do Sul, nos seguintes termos:

*"[...] com fundamento no artigo 5º, inciso XXXIV e artigo 127 da Constituição Federal, somados aos dispostos da Lei 8.625/93, **pedido de investigação quanto às condutas ilícitas** após 14/08/2015 em autos de nº 5024138-25.2014.404.7107/JFRS, culminando com a expedição de nulo e ilegal Mandado de Prisão contra a pessoa de MARCO ANTÔNIO AMARAL DE CAMPOS. **O pedido de investigação se dá em face do Excelentíssimo Senhor Rafael Farinatti Aymone, Juiz Federal Criminal de Caxias do Sul, RS, e do Senhor Delegado de Polícia Federal Noerci da Silva Melo, DPF de Caxias do Sul, RS, para quem, na data de 10/09/2015 foi entregue o indigitado Mandado de Prisão**" [grifei].*

A fim de embasar o pedido de investigação, a denunciada fez constar na representação em face das vítimas os itens "SÍNTESE DOS FATOS" e "DO CABIMENTO DO PEDIDO DE INVESTIGAÇÃO: RETARDAMENTO INJUSTIFICADO DO PRAZO PARA DESPACHAR EXISTÊNCIA DE MANDADO DE PRISÃO ILEGAL E IRREGULAR, EM ANDAMENTO",

descrevendo supostas práticas ilícitas perpetrada pela vítima Rafael Farinatti Aymone, Juiz Federal, ciente de que os fatos não ocorreram da forma por ela narrada, como se vê da transcrição abaixo:

"SÍNTESE DOS FATOS"

Em atenção ao disposto no artigo 7º, inciso XI da lei 8.906/94 (Estatuto do Advogado) e ao disposto no artigo 133 da Constituição Federal, se faz necessário trazer ao conhecimento desta Procuradoria Geral da República, para as providências cabíveis, a existência de clara violação do direito à liberdade, após a data de 13/08/2015, da pessoa de MARCO ANTÔNIO AMARAL DE CAMPOS, brasileiro, casado, vendedor, residente e domiciliado na Rua do Uruguai, nº 281, apto 31, Bairro Sion, em Belo Horizonte, MG, CEP 30.310-300. As referidas violações se verificam nos autos do processo de Execução de Pena nº 5024138-25.2014.404.7107, que tramita na da 5ª Vara Federal de Caxias do Sul, RS, sem a regular intimação e sem o pedido do órgão do Ministério Público para a continuidade da execução, e onde o magistrado recusa-se a despachar em jurídicas petições protocoladas.

Não obstante, o magistrado que atua naqueles autos recusa-se em apreciar as condições de extinção da punibilidade, após a tramitação nula e ilegal dos seguintes recursos:

- RESP 1379409/RS STJ;
- AUTOS DE Nº 50233113-2014.404.7107/RS TRF4;
- AUTOS ARE 904613/RS STF;
- AUTOS DA RCL 18733/STF;
- AUTOS DA CARTA PRECATÓRIA Nº 0085113-12.2014.4.01.3800/MG TRF1;
- AUTOS DE HC 5032484-09.2015.404.0000/RS TRF4;
- AUTOS DE Nº 500831574-2015.404.7107/RS TRF4;
- AUTOS DE Nº 50115305820144047107/RS TRF4;
- AUTOS DA RCL 26771/STJ.

"DO RETARDAMENTO DO PEDIDO DE INVESTIGAÇÃO: RETARDAMENTO INJUSTIFICADO DO PRAZO PARA DESPACHAR EXISTÊNCIA DE MANDADO DE PRISÃO ILEGAL E IRREGULAR, EM ANDAMENTO"

Os atos praticados pelo magistrado estão em cristalina afronta às decisões exaradas pelos Tribunais Superiores (STF e STJ) naqueles identificados processos judiciais que, em curso, trazem severos e até irreversíveis prejuízos relacionados à privação de liberdade, uma vez que foi determinada a prisão, com ordem de recolhimento do executado em Instituto Prisional, ainda que a determinação seja de cumprimento da pena em regime aberto.

Os documentos anexos permitem asseverar o noticiado, razão que faz a requerente postular pelas providências desta Douta PGR.

[...]"

A acusada imputou ao Magistrado Rafael fatos ofensivos à sua reputação quando referiu que ele, no exercício de sua função jurisdicional, nos autos da Execução Penal 50241382520144047107, agira com desídia e negligência, de forma a protelar desnecessariamente o feito, e a causar prejuízos irreparáveis ao executado. A ofensa a honra do juiz verifica-se especialmente no próprio requerimento ao Ministério Público de que fosse investigada a conduta da Autoridade Judicial, tendo em vista que teria expedido ele, naqueles autos, ilegalmente, um mandado de prisão em face do executado.

Em relação à vítima Noerci da Silva Melo, embora não se verifique narrativa expressa de conduta irregular por parte do Chefe da Delegacia da Polícia Federal de Caxias do Sul nos itens da Representação acima transcritos, resta clara a injúria na medida em que a denunciada requereu fosse aquela Autoridade investigada pelo Ministério Público, insinuando, desta forma, que teria ela agido de forma ímproba e/ou criminosa.

A denunciada atuou como advogada nos autos da Execução Penal 50241382520144047107, em que Marco Antonio Amaral de Campos, marido da acusada, figurava como executado.

Merece registro o fato de que a denunciada, antes de protocolizar a representação injuriosa no MPF, já havia recorrido ao TRF4ª (Agravo de Execução Penal nº 5001392-32.2015.4.04.7107/RS, Habeas Corpus nº 5032484-09.2015.4.04.0000, Exceção de Suspeição

Processual nº 5011530.58.2015.4.04.7107), para sustentar as mesmas inverdades, que foram, em todas as ocasiões, afastadas pelo Egrégio Tribunal, tendo em vista a correta conduta do magistrado, ora injuriado, nos autos da Execução Penal nº 5024138-25.2014.4.04.7107, que tramitou na 5ª Vara Federal de Caxias do Sul, restando, assim, evidente o intuito da denunciada de ofender a honra do Magistrado e do Delegado da Polícia Federal. (...)"

A denúncia foi recebida em 12.09.2016 (ev. 3).

2. *Sentença (evento 48)*. Processado o feito sobreveio sentença, publicada na plataforma eletrônica em 29.05.2017, que julgo procedente a pretensão punitiva para **condenar** a ré **ROSELI** à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto (ré reincidente), e 68 dias-multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato (11/9/2015), atualizado monetariamente até o efetivo pagamento, por infração ao art. 339 do Código Penal. A pena corporal foi substituída por duas penas restritivas de direitos nas modalidades de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, fixada em 4 (quatro) salários mínimos.

Opostos **embargos de declaração** pelo MPF (ev. 56), foram **acolhidos** para sanar contradição na capitulação jurídica e condenar a ré pela prática do delito tipificado no art. 138 do Código Penal (calúnia), à pena de **9 meses de detenção**, em regime inicial semiaberto (ré reincidente), e 68 dias-multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato (11/9/2015), atualizado monetariamente até o efetivo pagamento. Foi mantida a substituição da pena corporal por duas penas restritivas de direitos nas modalidades de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, fixada em 4 (quatro) salários mínimos (ev. 59).

3. *Apelação defensiva (ev. 58)*. Inconformada, apela a defesa. Em suas razões, apresentadas nesta Corte, preliminarmente alega ofensa ao princípio da correlação entre acusação e sentença. No mérito, sustenta a ausência de ilícito penal diante da situação de acesso ao Poder Judiciário em caso de violação, lesão ou ameaça a direito. Aduz a inexistência do dolo (*animus difamandi*) em ofender a honra dos ofendidos, sendo que a atuação dos agentes públicos pode e deve ser fiscalizada. Defende a incidência da imunidade profissional do advogado, sendo que a ré apenas noticiou fato verdadeiro que entendeu como ilegal e requereu investigação, amparada na Constituição Federal. Requer a reforma da sentença para que a ré seja absolvida (ev. 7 da ACR).

4. *Parecer (evento 11 da ACR)*. A Procuradoria Regional da República opina pelo desprovimento da apelação defensiva e, de ofício, pelo afastamento da pena alternativa de prestação pecuniária.

É o relatório.

Peço dia.

Desembargador Federal Leandro Paulsen
Relator

VOTO

O Senhor Desembargador Leandro Paulsen: 1. *Preliminares.*

1.1. *Ausência de contrarrazões.* Inicialmente, observo que a ré, que foi assistida por defensor constituído, apresentou as razões recursais diretamente nesta instância, o que impossibilitou a juntada das contrarrazões. Todavia, a apresentação de parecer pela Procuradoria Regional da República supre a ausência das contrarrazões, como vislumbro no processo em tela.

1.2. *Princípio da correlação entre denúncia e sentença.* A defesa sustenta a ausência de correlação entre a denúncia e a sentença condenatória. Alega que a acusação não descreveu na peça inicial o delito de calúnia pela qual efetivamente ROSELI restou condenada, salientando ainda que tampouco foram narradas todas as elementares do delito de prevaricação, que supostamente teria embasado a notícia-crime ao MPF em desfavor das vítimas.

Da narrativa posta na denúncia extrai-se claramente a prática do crime de calúnia contra o Magistrado Federal e o Delegado da Polícia Federal lotados em Caxias do Sul/RS, cujos termos transcritos denotam que a ora apelante ROSELI afirmou, falsamente, a prática de prevaricação pelos agentes públicos. Com efeito, consta de forma expressa na notícia-crime apresentada na Sala de Atendimento ao Cidadão, da Procuradoria da República em Caxias do Sul, a afirmação de que o Juiz Federal determinou a "*expedição de nulo e ilegal Mandado de Prisão contra a pessoa de MARCO ANTÔNIO AMARAL DE CAMPOS*". Ademais, foi referido que o magistrado "*recusa-se a despachar*" e "*recusa-se em apreciar as condições de extinção da punibilidade*" nos autos da Execução Penal nº 5024138-25.2014.404.7107.

Com relação à vítima Noerci, Delegado da Polícia Federal, foi acusado pela ré de convivência com a conduta ilegal do magistrado, ao receber o mandado de prisão.

Inicialmente, foi prolatada sentença condenando a apelante pelo delito de denunciação caluniosa, previsto no art. 339 do Código Penal, referindo que teria sido instaurado procedimento perante o MPF para apurar a prática de prevaricação pelos agentes públicos.

Na sequência, a acusação opôs embargos declaratórios esclarecendo que o procedimento de investigação não chegou a ser instaurado, sendo arquivado de plano. Sendo assim, foi proferida nova sentença que reenquadrou os fatos delitivos no crime de calúnia, previsto no art. 138 do Código Penal, conduta que, como referi, foi expressamente narrada na denúncia. E ao proceder a *emendatio libelli*, o juízo de primeiro grau não alterou a conduta descrita na denúncia, não havendo ofensa ao princípio da correlação entre a denúncia e a

sentença, na medida em que o acusado se defende dos fatos e não da capitulação legal.

Afasto, pois, a preliminar.

2. *Mérito. Tipicidade.* A denúncia atribui à ré a prática do crime de calúnia, apontando ainda causas específicas de aumento da pena. Assim estabelecem os tipos penais:

Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

(...)

II - contra funcionário público, em razão de suas funções;

III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

Consoante ensina Guilherme de Souza Nucci, "*caluniar é fazer uma acusação falsa, tirando a credibilidade de uma pessoa no seio social*" (Código de Processo Penal comentado, 12 ed., p. 715).

A defesa aduz que a conduta de noticiar os fatos a Procuradoria da República em Caxias do Sul seria atípica, pois ROSELI apenas teria exercido a garantia de acesso ao Poder Judiciário em caso de violação, lesão ou ameaça a direito. Todavia, o que o conjunto probatório evidencia, ao contrário, é que não se está diante do exercício da acessibilidade plena ao Poder Judiciário, mas sim perante uma conduta abusiva da defesa, que de todas as formas tentou obstar o início da execução penal do cônjuge da apelante, fato este que inclusive foi reconhecido pelo STJ. Dessa forma, o Magistrado expediu o mandado de prisão observando a ordem da Superior Instância, sendo que a apelante apresentou a notícia-crime ao MPF, situação que não se coaduna com a garantia de acesso à jurisdição.

Compulsando o conjunto probatório do feito, verifico que estão presentes os elementos necessários para a caracterização do crime de calúnia, Destaco, quanto ao ponto, os seguintes excertos da sentença:

"(...)

Examinando a prova oral produzida, relata a vítima Rafael Farinatti Aymone, resumidamente, a respeito do suposto protelamento no andamento da execução penal, que a manifestação da ré dizia respeito a uma exceção de suspeição em face de outro magistrado, Frederico Valdez Pereira; que o pedido foi despachado em seis dias; que vinte dias após esse despacho, portanto já tendo ciência da falsidade do que alegava, a denunciada apresentou a notícia-crime; o que atingiu a honra e reputação e levou o depoente a representar foi o pedido de investigação criminal pela expedição de mandados ilegais; a execução penal teve provocações, em primeira, segunda e até em instâncias superiores, quase que semanais; o STJ, após várias manifestações que considerou protelatórias, determinou a imediata execução da pena; foi dado início ao cumprimento das penas substitutivas; como o executado residia em Minas Gerais, foi

deprecada a realização da audiência admonitória; apesar de intimado, o executado não compareceu; foi seguido o procedimento normal das execuções de instauração do incidente de conversão, que resultou na imposição de pena privativa de liberdade; o mandado foi recebido pelo delegado Noerci, e providenciado o cumprimento; entre manifestações em primeiro grau, habeas corpus, agravos em execução penal e reclamações no STJ, o depoente arrisca dizer que há mais de cem peças processuais buscando frear o andamento da execução penal; mesmo assim nunca houve em nenhuma instância a prolação de qualquer decisão minimamente suspensiva da execução penal; acredita que a ré, não vendo alternativas processuais, e motivada por intenções criminosas de atacar a reputação do depoente, talvez como forma de constrangê-lo a talvez adotar posicionamento diverso, apresentou ao Ministério Público fatos que reclamariam a investigação das motivações do depoente de direcionamento do mandado de prisão; é evidente que ao se referir a motivações não jurisdicionais, imputou ao depoente motivações criminosas no encaminhamento da execução penal; o depoente é magistrado há doze anos na mesma vara federal e não pode tolerar afirmações de que sua motivação não seria jurisdicional; não tem lembrança de ter visto ou conversado com a ré; a acusada responde a uma execução penal na vara federal em que o depoente atua; a execução penal em questão nos presentes autos não é a da acusada, e sim a de seu marido Marco Antônio Amaral de Campos, do qual estava ela tentando resguardar a liberdade (evento 42, VÍDEO1).

Narra a vítima Noerci da Silva Melo recordar de ter recebido correspondência do Ministério Público Federal noticiando o pedido de investigação por ter recebido o mandado de prisão em questão; os mandados de prisão chegam e o delegado dá um despacho para que seja cumprido, o que foi feito no mandado descrito na inicial; o fato ilícito imputado pela ré foi a solicitação de investigação por condutas ilícitas do depoente; porém não houve conduta ilícita, apenas deu um despacho, um cumpra-se (evento 42, VÍDEO2).

A testemunha Eduardo Zeni Dorneles relata que, na metade de 2015, na qualidade de Diretor de Secretaria Substituto, firmou uma certidão de sentença em uma execução penal; posteriormente foi protocolado incidente de falsidade ideológica; sentiu-se ofendido, mas por razões pessoais, na época, optou por não representar criminalmente (evento 42, VÍDEO3).

Por sua vez, a denunciada afirma que em momento algum houve intenção de praticar injúria; estava exercendo seu munus de defesa, casualmente de seu marido; não é indicado atuar em causa própria ou de familiares; a depoente e seu marido foram condenados em um processo de corrupção passiva que tinha muitos erros; a manifestação ao Ministério Público foi um pedido de socorro em razão do desespero em que estava pelas coisas que estavam acontecendo, ao seu ver, erradas; é especialista em previdenciário e não entende nada de penal; não tinham dinheiro para constituir um advogado criminalista e teve que abraçar; tudo foi feito no desespero pra tentar resolver o problema; entendiam que a condenação era equivocada; não tem absolutamente nada contra as vítimas; entendia apenas que a atuação profissional do magistrado a estava prejudicando; interpôs vários recursos contra as decisões proferidas na execução penal; não recorda de que, antes de oferecer a notícia-crime ao Ministério Público, o TRF já havia decidido em sede de agravo, habeas corpus e exceção que a conduta do magistrado estava correta; entendeu que o delegado de polícia não podia receber o mandado de prisão sem antes verificar se havia alguma pendência; entendia que havia muita coisa errada e queria que o Ministério Público verificasse; está cumprindo a pena a que foi condenada; na intimação para a audiência admonitória, entendeu que havia um erro processual e fez um recurso porque não queria ir à audiência e ser presa; imputou um fato não à pessoa do delegado, que considera uma excelente pessoa, mas à sua atuação profissional, que estava recebendo um mandado de prisão que a depoente entendia que estava errado; estava resguardando a liberdade de seu marido, pai de seus filhos, chefe de sua família; na época o STF não havia decidido que deveria se iniciar o cumprimento da pena independente do trânsito em julgado e havia um recurso pendente de análise no STJ; no STJ, na tentativa de mostrar o erro processual, fez outros embargos; não podia ser cumprido o mandado de prisão se não existia o trânsito em julgado; lamenta muito tudo isso (evento 42, VÍDEO4).

A defesa alega atipicidade em razão da garantia constitucional de acorrer ao Judiciário quando entende haver ameaça a lesão de direito; ausência de dolo; que houve mera crítica à atuação do magistrado e do delegado de polícia, amparada nas garantias do exercício da

advocacia; que incide a imunidade profissional prevista no art. 7º, § 2º da Lei nº 8.906/94; e ausência de animus difamandi.

Entretanto, está claramente demonstrada, pelas provas colhidas nos autos, mormente o depoimento da própria ré, a prática da infração penal. A acusada, mesmo ciente de que nenhum ato criminoso havia sido praticado pelo magistrado ou pelo delegado de polícia, apresentou notícia-crime ao Ministério Público Federal imputando-lhes falsamente fato definido como crime (evento 1, NOT_CRIME3 do inquérito). Com essa conduta, deu causa à instauração de procedimento interno de investigação na Procuradoria da República em Caxias do Sul, para onde foi encaminhada a peça originariamente dirigida ao Procurador Geral da República. Posteriormente, o caderno investigatório acabou sendo arquivado por falta de provas da materialidade delitiva.

(...)

Depreende-se dos elementos colhidos que a ré objetivava coagir e impor o recolhimento do mandado de prisão, bem assim visava à suspensão da execução penal até o trânsito em julgado da condenação de Marco Antônio Amaral de Campos. Ocorre que a ordem de prosseguimento da execução penal partiu do Superior Tribunal de Justiça, falecendo ao magistrado, e sobretudo ao delegado de polícia, competência funcional para conhecer novamente da matéria. Quanto mais para revisá-la, em clara afronta à determinação hierarquicamente superior.

Noticiou aquele Tribunal ter reconhecido o abuso de direito de defesa e intuito manifestamente protelatório por parte da denunciada. Por óbvio, inúmeras petições apresentadas, além de protelarem o andamento dos processos, sobrecarregam ainda mais o Poder Judiciário sem proporcionar nenhum resultado útil. É certo que, na época, não era admitida a execução penal antes do trânsito em julgado da condenação. Entretanto, por mais evidente que possa parecer, é necessário que se diga que também não se admitia, e não se admite, que o trânsito em julgado seja indefinidamente postergado por meio do uso indevido de instrumentos processuais. É elementar que o resultado disso seria o rematado absurdo e a retumbante ofensa ao bom senso de que nenhuma pena acabaria sendo efetivamente cumprida por nenhum condenado. É crucial, portanto, que as postulações legítimas sejam apreciadas, e coibidas as manifestamente protelatórias. Pode ser necessário até mesmo arbitrar o trânsito em julgado, quando a defesa tenta artificialmente impedi-lo por meio de sucessivas petições cujo único objetivo é o de, continuamente, obstar o decurso dos prazos processuais. Foi o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça; não o magistrado, nem o delegado de polícia.

Mais importante ainda do que isso, o executado, sem qualquer justificativa, faltou à audiência admonitória designada. Não deu início ao cumprimento das penas substitutivas e permitiu que fossem revertidas para a pena privativa de liberdade. Foi ele, portanto, o principal responsável por sua prisão. Não foi o magistrado, nem o delegado de polícia. Inexplicavelmente, não se submeteu ao cumprimento das penas alternativas, dando azo à gratuita degradação e perda de suas faculdades processuais. Postura idêntica foi adotada pela ré, resultando, a exemplo de seu marido, em sua prisão na execução penal a que responde, estando atualmente em regime domiciliar com monitoramento eletrônico (evento 8, DECL2 do inquérito).

Não obstante toda essa celeuma, e não satisfeita com a já reconhecida trajetória de abusos do direito de defesa, eis que a acusada resolve lançar mão de expediente criminoso. Em desavisada afronta às vítimas e em derradeiro acinte ao Poder Judiciário, a ré violou a lei penal, tencionando, por meio da intimidação, que as autoridades atuantes no caso, no primeiro grau de jurisdição, recuassem. Esperava que, com tal estratégia, fosse compensado o insucesso nas instâncias superiores. Ora, improvável e inusitada seria a burla à ordem superior pelo magistrado ou pelo delegado de polícia, instaurando circense encenação jurídica que seria de pronto fulminada pela imediata ação fiscalizatória do Ministério Público Federal nos autos do processo.

(...)” Grifei

Presente, na hipótese, além do elemento normativo do tipo (imputação falsa de fato criminoso), o elemento subjetivo necessário para a subsunção da conduta ao tipo do artigo 138 do Código Penal. Destaco a doutrina de Luiz Regis Prado:

"O tipo subjetivo é integrado pelo dolo, ou seja, pela consciência e vontade de imputar a alguém fato definido como crime. Os delitos contra a honra são delitos de tendência intensificada. Isso significa que o tipo penal exige uma determinada tendência subjetiva de realização da conduta típica, qual seja a finalidade de desacreditar, menosprezar, o ânimo de caluniar (animus calumniandi).

Não se requer a persecução de um resultado ulterior ao previsto no tipo, senão que o autor confira à ação típica um sentido subjetivo não expresso no tipo, mas deduzível da natureza do delito: o propósito de ofender. Essa tendência peculiar é elemento subjetivo do injusto, distinto do dolo, que o tipo exige, além deste, para sua realização.

O desvalor da ação não se esgota no dolo. Nos delitos contra a honra, é preciso que também concorra no autor o propósito de ofender."

(Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 2: parte especial, arts. 121 a 249, 11ª edição atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 279)

Quanto ao elemento subjetivo, a defesa alega que não está configurado, afirmando que ROSELI, como advogada, apenas exerceu o direito de crítica aos agentes públicos. Ocorre que o expediente criminoso realizado pela apelante foi conscientemente adotado após a decisão do STJ que, reconhecendo o abuso do direito de defesa, determinou a imediata execução da pena imposta ao seu cônjuge, Marco Antônio Amaral de Campos.

No ponto, elucidativo o parecer da Procuradora Regional da República, Dra. Carla Veríssimo De Carli, em fundamentação a que adoto, também, como razões de decidir:

"A circunstância de encontrar-se a recorrente defendendo seu marido, nos autos da execução penal n. 5024138-25.2014.404.7107, não determina o alargamento da interpretação das garantias constitucionais do art. 5º, IX e XIV, e art. 220 da CF/88, de aplicação questionável nos autos, para o fim de reconhecer a atipicidade da conduta por ausência de dolo.

O rol de garantias constitucionais não afasta ou reduz a aplicação da lei penal, a qual igualmente se encontra sistematizada na Constituição Federal de 1988".

Destarte, a defesa alega, também, a atipicidade da conduta em razão do exercício da advocacia, enfatizando que ROSELI possui a imunidade profissional do art. 7º, § 2º, da Lei 8.906/94. Referido dispositivo preceitua:

"Art. 7º. São direitos do advogado:

(...)

§ 2º. O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação (ou desacato) 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".

Melhor sorte não socorre a defesa. Com efeito, destaco que a imunidade profissional refere-se apenas aos delitos de injúria e difamação, não abrangendo o delito de calúnia, pelo qual a apelante efetivamente restou condenada. Ademais, a imunidade profissional não é absoluta, devendo ser cotejada com a prática de atos necessários e adequados ao exercício da

advocacia, não podendo encobrir a prática de excessos que configurem delitos. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ e desta Corte, como exemplifico pelos seguintes arestos:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMUNIDADE DO ADVOGADO. CLÁUSULA SUBMETIDA AOS LIMITES LEGAIS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM" - LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO. POSSIBILIDADE.

I - A imunidade profissional conferida a quem exerce a advocacia não possui caráter absoluto, pois não pode ser suscitada para respaldar o cometimento de eventuais atos ilícitos. Precedentes.

II - A remissão feita pelo Magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1692641/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018)Destaquei

"OPERAÇÃO LAVA-JATO". HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE DAS CONDUtas. NÃO VERIFICAÇÃO. INSTRUÇÃO DO PROCESSO. NECESSIDADE. IMUNIDADE DO ADVOGADO. INEXISTÊNCIA DE PROTEÇÃO ABSOLUTA. 1. Apenas em caráter excepcional ocorre a possibilidade de trancamento do inquérito policial ou da ação penal, por meio da impetração de habeas corpus, sem necessidade de realização de instrução probatória. 2. Necessária a demonstração, de plano, da ausência de justa causa para o inquérito ou para a ação penal, consubstanciada na inexistência de elementos indiciários capazes de demonstrar a autoria e a materialidade do delito, a atipicidade da conduta e a presença de alguma causa excludente da punibilidade ou, ainda, nos casos de inépcia da denúncia. 3. O auxílio intencional na aquisição de bens em nome de pessoa interposta caracteriza-se como conduta, em tese, de ocultação ou dissimulação, prevista no tipo penal de "lavagem" de dinheiro, sendo suficiente, portanto, para o oferecimento da denúncia. 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, eventual comportamento ilícito adotado pelo advogado e que exceda os limites do exercício de suas atividades profissionais não está acobertado pela imunidade que lhe é conferida por lei, sendo passível de punição. 5. Ordem de habeas corpus denegada. (TRF4, HC 5018312-57.2018.4.04.0000, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 21/06/2018)Grifei

À guisa de conclusão, adoto a percuciente observação da Procuradoria Regional da República, que com precisão equaciona o ponto:

"No caso dos autos, a imputação do delito de prevaricação ao magistrado federal e ao delegado federal não se coaduna com a adoção dos atos necessários ao exercício da advocacia, desta forma não abrangidos pela imunidade profissional. Tampouco referida imunidade serve para salvo conduto, ao profissional da advocacia, às práticas criminosas como a tratada no presente feito".

Portanto, mantenho a condenação da apelante ROSELI pela prática do delito tipificado no art. 138 do Código Penal.

3. *Substituição da pena.* Quanto à substituição, na hipótese de a condenação ser igual ou inferior a um ano, prescreve a primeira parte do § 2º do

art. 44 do Código Penal que a pena privativa de liberdade deve ser substituída por multa ou uma pena restritiva de direitos.

No ponto, destaco que, em que pese ROSELI tenha sido condenada à pena privativa de liberdade no patamar de 9 (nove) meses de detenção, a substituição se deu por duas penas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e prestação pecuniária de 4 (quatro) salários mínimos.

Todavia, nada obstante a defesa não tenha se insurgido contra tal aspecto da sentença, deve ser corrigido de ofício o erro material existente, que acarreta prejuízo à apelante.

Por conseguinte, considerando o patamar da pena corporal, deve ser substituída por apenas uma pena restritiva de direitos. Entre as duas penas aplicadas pelo juízo *a quo*, tenho que a modalidade prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas se mostra mais indicada para fins de repressão e prevenção da prática delitiva, atendendo inclusive aos objetivos ressocializantes da lei penal. Observa-se ainda o teor da Súmula 132 do TRF da 4ª Região: *"Na hipótese em que a condenação puder ser substituída por somente uma pena restritiva de direitos, a escolha entre as espécies previstas em lei deve recair, preferencialmente, sobre a de prestação de serviços à comunidade, porque melhor cumpre a finalidade de reeducação e ressocialização do agente"*.

Sendo assim, de ofício, corrijo o erro material constante na sentença para afastar a pena alternativa de prestação pecuniária, subsistindo apenas a pena de prestação de serviços à comunidade.

4. *Execução provisória da pena.* Foi editada a Súmula 122 do TRF da 4ª Região: *"Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário"*. Assim, julgada por unanimidade a apelação criminal ou, se por maioria, julgados eventuais embargos infringentes, deverá ser comunicado ao juízo de origem para dar início à execução da pena.

Dispositivo. Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação defensiva, e, de ofício, afastar a pena alternativa de prestação pecuniária.

Desembargador Federal Leandro Paulsen
Relator

Documento eletrônico assinado por **Desembargador Federal Leandro Paulsen, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **9433410v4** e, se solicitado, do código CRC **6ED05853**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Leandro Paulsen

Data e Hora: 12/11/2018 20:13

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 07/11/2018
APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5010349-85.2016.4.04.7107/RS
ORIGEM: RS 50103498520164047107

RELATOR : Des. Federal LEANDRO PAULSEN
PRESIDENTE : Desembargador Federal Leandro Paulsen
PROCURADOR : Dra. Maria Emilia Correa da Costa
REVISOR : Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
SUSTENTAÇÃO : PRESENCIAL: DR. CRISTIANO GESSINGER PAUL, pelo
ORAL : **apelante Roseli.**

APELANTE : ROSELI

ADVOGADO : Cristiano Gessinger Paul

APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 07/11/2018, na seqüência 55, disponibilizada no DE de 19/10/2018, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e a DEFENSORIA PÚBLICA.

Certifico que o(a) 8ª Turma, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DEFENSIVA, E, DE OFÍCIO, AFASTAR A PENA ALTERNATIVA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

RELATOR : Des. Federal LEANDRO PAULSEN
ACÓRDÃO : Des. Federal LEANDRO PAULSEN
VOTANTE(S) : Des. Federal LEANDRO PAULSEN
: Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS
: Des. Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

Lisélia Perrot Czarnobay
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Lisélia Perrot Czarnobay, Diretora de Secretária**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **9477778v1** e, se solicitado, do código **CRC 17AEC594**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Lisélia Perrot Czarnobay

Data e Hora: 07/11/2018 19:13
