

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO COLÉGIO RECURSAL DO  
JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Os advogados **ALBERTO ZACHARIAS TORON** e **MARCELO FELLER**, brasileiros, casado e solteiro, inscritos na seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente sob os números 65.371 e 296.848, ambos com escritório profissional na Avenida Angélica, nº 688, cj. 1111, respeitosamente vêm à presença de Vossa Excelência impetrar:

**ORDEM DE HABEAS CORPUS  
COM PEDIDO DE LIMINAR**

em favor de **SÉRGIO ROBERTO DE NIEMEYER SALLES**, brasileiro, advogado inscrito na seccional paulista da Ordem dos Advogados sob o número 172.760, domiciliado na cidade e São Paulo, onde reside e mantém escritório profissional na Rua Conselheiro Brotero, nº 703/apto. 64, Higienópolis, CEP 01232-011, por estar sofrendo triplo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal do Fórum da Barra Funda, que recebeu, contra o Paciente, denúncia inepta por ser alternativa, carente de justa causa, e sem antes apreciar sua defesa, nos termos do art. 81, da Lei nº 9.099/95 (Processo nº 00075992-65.2010.8.26.0050, controle nº 10970/2011).

Os impetrantes arrimam-se nos dispositivos previstos no artigo 5.º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, nos artigos 647 e

# Toron, Torihara e Szafir

*a d v o g a d o s*

648, incisos I e VI, do Código de Processo Penal e, ainda, nos relevantes motivos de fato e de direito adiante aduzidos.

Termos em que, do processamento,  
Pedem deferimento.

São Paulo, 16 de agosto de 2012.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

OAB/SP nº 65.371

MARCELO FELLER

OAB/SP nº 296.848

**EGRÉGIO COLÉGIO RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE  
SÃO PAULO (SP):**

**COLETA TURMA CRIMINAL:**

**EMINENTE JUIZ RELATOR:**

**EGRÉGIO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL:**

Ementa do pedido:

1. Recebimento da denúncia sem a necessária defesa do Paciente, nos termos do art. 81, da Lei nº 9.099/95. Inversão processual que causa inegável prejuízo e afronta a ampla defesa do Paciente, bem como o devido processo legal. Precedente deste eg. Colégio Recursal no sentido de que *“não estava ao juízo autorizado a receber previamente a denúncia ofertada que, necessariamente, deve ser precedida de oportunidade para oferecimento pelo réu de competente defesa prévia, em audiência de instrução e julgamento apropriada”* (Habeas Corpus nº 7.067, Turma julgadora composta pelo Rel. juiz CARLOS VON ADAMEK, e juízes RONNIE HERBERT BARROS SOARES e HAMID CHARAF BDINE JÚNIR, julgado em 13 de janeiro de 2009)

2. Denúncia que faz imputação alternativa ao Paciente, dizendo que ofendeu a dignidade **ou** o decoro da vítima. Diferença entre a *“honra dignidade”* e a *“honra decoro”*. Necessidade de vir descrita, na denúncia, qual a modalidade da honra da vítima foi ofendida. Inépcia da denúncia.

3. Injúria que teria sido praticada pelo Paciente, advogado, contra Promotor de Justiça no deslinde de causa criminal, no qual o Paciente defendia um advogado. Tese defensiva que se saiu vitoriosa, com a absolvição do advogado em 1º e 2º grau. Promotor de Justiça (sedizente vítima) que, em suas próprias alegações finais, ofende gratuitamente a honra do advogado-defensor (Paciente) e do advogado-réu. Utilização pelo Paciente, em alegações finais, da mesmíssima palavra utilizada pela

vítima (“Rábula”). Falta de justa causa para a ação penal, seja em razão de sua manifesta atipicidade, seja em razão de terem as ofensas, quando muito, sido praticadas mutuamente, entre Paciente e sedizente vítima.

4. Pedido de liminar para sobrestar a realização da audiência de instrução, debates e julgamento, designada para o dia 27 de setembro de 2012

## SÍNTESE DOS FATOS E OBJETO DO PRESENTE WRIT

O Paciente está sendo processado porque, em alegações finais que fez em processo crime, no qual também era Acusado outro advogado, disse:

“pelo que se lê do memorial elaborado pela *parquet*, causa espécie tenha seu membro sido aprovado em concurso para ingresso na carreira, pois até um rábula sabe que os contratos não possuem forma especial, salvo os casos previstos em lei”

Muito embora sua conduta seja atípica – como se demonstrará adiante detalhadamente –, foi denunciado (doc. 1). A denúncia é de escandalosa inépcia, visto que faz imputação alternativa ao Paciente. E muito embora esses argumentos – de inépcia e de falta de justa causa pela atipicidade da conduta – devessem ser apreciados pela d. autoridade coatora, não o foram por um único motivo: não se possibilitou ao Paciente a apresentação de sua defesa **antes** de ser recebida a denúncia, como prescreve o art. 81, da Lei nº 9.099/95.

Como se percebe, **três são as ilegalidades cometidas contra o Paciente**, que serão analisadas, uma a uma. Vejamos:

## O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA ANTES DE APRESENTAÇÃO DA DEFESA:

“Por outro lado, mesmo se não preenchesse o autor do fato os requisitos subjetivos para a transação penal, **não estava ao juízo autorizado a receber previamente a denúncia ofertada que, necessariamente, deve ser precedida de oportunidade para oferecimento pelo réu de competente defesa prévia**, em audiência de instrução e julgamento apropriada (Lei nº 9.099/95, art. 81). (Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de São Paulo, *Habeas Corpus* nº 7.067, Turma julgadora composta pelo Rel. juiz CARLOS VON ADAMEK, e juízes RONNIE HERBERT BARROS SOARES e HAMID CHARAF BDINE JÚNIR, julgado em 13 de janeiro de 2009, grifamos)

Sentindo-se ofendido com as alegações finais protocolizadas pelo Paciente em outra Ação Penal, o d. Promotor de Justiça JOÃO CARLOS MEIRELLES ORTIZ — sedizente vítima — representou contra o Paciente (doc. 2). Após a tramitação de Inquérito Policial, o Ministério Público requereu a designação de audiência preliminar, que restou infrutífera, ante a não aceitação, pelo próprio Paciente, de transação penal ou suspensão condicional do processo (docs. 3 e 4).

Os autos, então, foram ao MP que ofereceu denúncia contra o Paciente (cf. doc. 1). Em seguida, designou-se audiência de instrução, debates e julgamento, que não se realizou ante **o não comparecimento da sedizente vítima** (doc. 5). Assim, a d. autoridade coatora determinou a expedição de Carta Precatória para a oitiva do Dr. JOÃO CARLOS ORTIZ, que atualmente oficia perante a Comarca de Santos (cf. doc. 5).

Ocorre que a expedição da Carta Precatória se deu sem que a denúncia fosse recebida e, pior, sem que se houvesse possibilitado ao Paciente a apresentação de sua defesa **antes de recebida a denúncia**, como preceitua o art. 81, da Lei nº 9.099/95. Assim, em evidente mostra de boa-fé processual<sup>1</sup>, o Paciente informou o equívoco ao d. magistrado (doc. 6), demonstrando que *“foi impedido de apresentar sua defesa formal e, conseqüentemente, obter, quem sabe, uma absolvição sumária, o que tomaria desnecessária a oitiva das testemunhas”*, bem como que *“a inversão dos atos processuais causa prejuízo incomensurável à defesa do imputado”* (cf. doc. 6).

A d. autoridade apontada como coatora, por sua vez, em manifesto cerceamento de defesa e em nítida ofensa ao devido processo legal, assim determinou:

“Fls. 188/189. De fato, não houve o recebimento formal da denúncia, o que faço nesta data pois suficiente os indícios de autoria e prova da materialidade, ainda mais para se considerar o marco interruptivo da prescrição.

Nenhum prejuízo acarretou ao réu já suficientemente esclarecido dos fatos da inicial, tanto que regularmente citado.

E mais, nas oportunidades em que compareceu em juízo não apresentou defesa preliminar, o que poderia ter feito, ainda mais considerando o princípio da informalidade que é orientador do microsistema dos juizados especiais. Limitou-se, por sua vez, a apresentar o rol de testemunhas.

---

<sup>1</sup> Poderia simplesmente ter silenciado e impetrado, naquele momento, *habeas corpus*, sem possibilitar ao d. magistrado sanear o processo.

Não obstante, sem prejuízo da precatória expedida para oitiva da testemunha de acusação, o que fica mantido, concedo o prazo de 5 dias para a apresentação da referida defesa.”(doc. 7).

A ilegalidade salta aos olhos, *data venia*. Primeiro porque, conforme posição pacífica dos nossos tribunais superiores, “*mesmo nos procedimentos afetos aos Juizados Especiais Criminais, é possível a produção de provas mediante carta precatória, pois os princípios que os norteiam (simplicidade, oralidade, informalidade, celeridade e economia processual) não podem se sobrepor à garantia constitucional da ampla defesa*” (STJ, HC nº 112074, Rel. Min. JANE SILVA, DJ 2.3.09). Assim, em hipótese alguma poderia o d. magistrado atropelar a garantia à ampla defesa do Paciente, de caráter constitucional, em razão do princípio da “informalidade”, de caráter legal e, portanto, infraconstitucional.

Ademais, dizer que a defesa poderia ter apresentado a defesa a qualquer tempo é fundamento absolutamente desconhecedor da realidade, *data venia*. É que há muitos magistrados que, baseados em precedentes do Supremo Tribunal Federal, consideram intempestiva qualquer manifestação da defesa **antes da abertura do prazo**. Nesse sentido, do col. STF:

“A **intempestividade** dos recursos tanto **pode derivar de impugnações prematuras** (que se antecipam à publicação dos acórdãos) **quanto decorrer de oposições tardias** (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações - impugnação prematura ou oposição tardia -, a **conseqüência de ordem processual é uma só: o não-conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição** (STF, AI 375124 AgR-ED/MG, , Rel. Min. CELSO DE

MELLO, DJ 28.6.02)

Por fim, abrir o prazo para que o Paciente apresente sua defesa **após recebida a denúncia** é, com o devido e máximo respeito, providência mendaz. Ora, se a denúncia já foi recebida em definitivo – pois nos procedimentos do JECRIM não há a previsão da confirmação do recebimento da denúncia, nos termos do art. 397 do CPP –, qual é a utilidade em se determinar que o Paciente apresente sua defesa? Mero formalismo, em uma tosca tentativa de sanar a ilegalidade cometida?

Não se pode perder de vista, ainda, que a lei é claríssima:

Art. 81. Aberta a audiência, **será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não,** a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

Ademais, este eg. Colégio Recursal já deixou assentado:

“Por outro lado, mesmo se não preenchesse o autor do fato os requisitos subjetivos para a transação penal, **não estava ao juízo autorizado a receber previamente a denúncia ofertada que, necessariamente, deve ser precedida de oportunidade para oferecimento pelo réu de competente defesa prévia,** em audiência de instrução e julgamento apropriada (Lei nº 9.099/95, art. 81). (*Habeas Corpus* nº 7.067, Turma julgadora composta pelo

Rel. juiz CARLOS VON ADAMEK, e juízes RONNIE HERBERT BARROS SOARES e HAMID CHARAF BDINE JÚNIR, julgado em 13 de janeiro de 2009, grifamos)

Assim, de rigor a anulação da r. decisão que recebeu a denúncia antes de apreciar as teses defensivas, por nítida afronta ao art. 81, da Lei nº 9.099/95, bem como por solapar o direito do Paciente à sua ampla defesa e ao devido processo legal.

## A EVIDENTE INÉPCIA DA DENÚNCIA POR IMPUTAR FATOS ALTERNATIVOS AO PACIENTE

Ao denunciar o Paciente, disse o Ministério Público:

Sérgio Roberto De Niemeyer Salles, qualificado à fis. 81(82, injuriou o Promotor de Justiça João Carlos Meirelles Ortiz, ofendendo-lhe a dignidade OU o decoro.

Conforme restou apurado, o denunciado atua como advogado nos autos supra mencionados e ao oferecer alegações finais **ofendeu a dignidade OU o decoro** do membro do Ministério Público ao consignar: (...)” (cf. doc. 1)

Muito embora a diferença pareça sutil, não o é. Explica o respeitadíssimo ADALBERTO JOSÉ Q.T. DE CAMARGO ARANHA:

“A honra dignidade representa o sentimento da pessoa sobre seus atributos morais, de honestidade, retidão de proceder e bons costumes, enquanto a honra decoro refere-se ao sentimento

pessoal em relação aos dotes e qualidades do indivíduo (físicos, intelectuais e sociais), os quais são absolutamente necessários à vida social.

A título de exemplo: atinge-se a honra dignidade quando se diz que alguém é criminoso, falsário, bandido, etc.; afronta-se a honra decoro quando se afirma que determinada pessoa é pródiga, estúpida, ignorante, miserável, etc". (Crimes Contra a Honra, , ed. Saraiva, São Paulo, 1995, pg. 4)

E mais a frente continua:

**"O art. 140, que capitula a injúria, fala em ofensa à dignidade ou ao decoro. A diferença entre ambas constitui linha tênue, de difícil transposição, tornando comum a confusão.** A dignidade pode ser traduzida como um sentimento de nossa própria honorabilidade ou valor moral ("cafajeste", "canalha", "biltre", "mentiroso" etc); o decoro é o sentimento de nossa respeitabilidade pessoal ("burro", "débil mental", "pé torto", "cabeçudo" etc.)." (Crimes Contra a Honra, ADALBERTO JOSÉ Q.T. DE CAMARGO ARANHA, ed. Saraiva, São Paulo, 1995, pg. 64)

Está o Paciente processado porque teria ofendido a honorabilidade ou a respeitabilidade do d. Promotor de Justiça que figura como vítima? Não se sabe, porque a denúncia não determinou. Ao contrário, cria imputações alternativas.

E saber isso é fulcral para a defesa do Paciente! Afinal, se a ofensa atingiu, em tese, a honorabilidade da vítima, poder-se-á que a ofensa foi dirigida ao d. promotor enquanto estava no exercício de suas funções. Caso contrário, caso tenha atingido, em tese, a respeitabilidade pessoal da

sedizente vítima, a dita ofensa não será punível em Ação Penal Pública condicionada, uma vez que se teria atacado o cidadão, e não o Promotor de Justiça.

Assim, a inicial acusatória, desrespeitando a exigência legal consubstanciada no art. 41, do Código de Processo Penal, cerceia gritantemente a defesa do Paciente, posto que imputa alternativamente uma ou outra conduta criminosa, razão pela qual deve ser declarada absolutamente inepta.

A ilegalidade, nesse ponto, é de clareza solar. Versando sobre denúncias alternativas, a ilustre Prof<sup>a</sup>. ADA PELLEGRINI GRINOVER proclamou o seguinte:

"A acusação deve ser determinada, pois a proposta a ser demonstrada há de ser concreta. **Não se deve admitir denúncia alternativa**, principalmente quando haja incompatibilidade lógica entre os fatos imputados". (In: "O processo constitucional em marcha", ed. Max Limonad, 1985, p. 64).

Em aresto conduzido pelo preclaro Des. ALBERTO SILVA FRANCO, ficou assentado e com muita propriedade:

"Num processo de tipo acusatório não se compreende que o objeto da acusação fique ambíguo, indefinido, incerto ou logicamente contraditório pois é ele que estabelece os limites das atividades cognitiva e decisória do juiz". (AC nº 184.801, j. 28.9.78, v.u.)

E em recente julgado do Tribunal de Justiça paranaense, no qual se declarou a inépcia de denúncia justamente por ser

alternativa, ficou consignado:

“Com efeito, se os réus tecem suas defesas em relação aos fatos descritos, é fora de dúvida que esses fatos deverão ser certos e determinados, sob pena de impossibilitar ou dificultar a ampla defesa, princípio de natureza constitucional, não importando, como é o caso concreto, de negarem a autoria, porquanto não se pode relegar ao oblívio que, ante o princípio da eventualidade, poderão, também, defender a tese da não configuração dos crimes lhe imputados.” (HC nº 524.005-7, Rel. Des. CAMPOS MARQUES, j. 4.12.08)

Assim, considerando-se que a denúncia é inepta por ser alternativa, prejudicando a ampla defesa do Paciente, requer-se a concessão da ordem para que se anule o seu recebimento, permitindo-se ao Ministério Público que apresente outra denúncia, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal.

## **A AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PROCESSAR O PACIENTE:**

### **BREVE RESUMO:**

Os fatos que culminaram com o processo originário deste *writ* se deram em ação penal promovida pelo promotor de Justiça JOÃO CARLOS MEIRELLES ORTIZ – ora vítima – contra o renomado advogado RICARDO ALGARVE GREGÓRIO, Professor Universitário há mais de 15 anos e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São.

Naqueles autos se discutia a suposta apropriação indébita, pelo Dr. RICARDO, de pensão alimentícia devida a seus constituintes. Em apertada síntese, após ingressar com ações judiciais em favor de seus clientes (três menores, representados por sua mãe) e obter a posse de valores para eles depositados, o Dr. RICARDO não teria repassado a eles a totalidade dos valores.

A tese da defesa, **encampada pelo Dr. SÉRGIO NIEMEYER**, ora Paciente, sempre foi uma só: os valores retidos diziam respeito a honorários combinados entre o Dr. RICARDO e seus clientes. Assim, ao proceder ao levantamento do dinheiro depositado em juízo para seus clientes, o Dr. RICARDO ficou com a porcentagem que havia sido previamente estabelecida e, o restante, devolveu.

A defesa seria bastante simples e fácil, não fosse pelo fato de o Dr. RICARDO não ter realizado um contrato escrito com seus clientes, tendo feito apenas um acordo verbal. Assim, coube ao Dr. SÉRGIO, Paciente, a coleta de provas e testemunhos que comprovavam a versão do Dr. RICARDO, seu cliente. E assim o fez, levando para audiência diversas testemunhas que comprovaram que, de fato, existia contrato de honorários verbalmente pactuado. A defesa, esmerada, **foi vitoriosa**. O Dr. RICARDO foi absolvido, e sua inocência foi confirmada pelo eg. Tribunal de Justiça de São Paulo (docs. 8 e 9 – sentença absolutória e acórdão confirmatório da sentença, nos autos do processo em que, em tese, ocorreu a ofensa).

Durante a instrução daquele processo houve a primeira troca de provocações entre o Dr. SÉRGIO, ali defensor e aqui Paciente, e o Dr. JOÃO, ali Promotor de Justiça e aqui sedizente vítima. É que em contrariedade ao novo art. 212, do Código de Processo Penal, o Dr. JOÃO começou a fazer perguntas à testemunha de acusação enquanto esta era inquirida pelo DR.

SÉRGIO.

Após protestar, dizendo que já havia terminado a oportunidade do Dr. Promotor de Justiça dirigir perguntas à testemunha, o Dr. JOÃO rebateu, em tom irônico e ofensivo, perguntando ao DR. SÉRGIO se ele não conhecia o princípio da verdade real.

**Parêntese necessário:** recentemente, em rumoroso caso de júri, uma advogada na defesa de seu cliente indagou à juíza presidente dos trabalhos se ela não conhecia o princípio da verdade real. Está atualmente processada por desacato exatamente por sugerir que a magistrada não conheceria referido princípio. E seria essa a mesmíssima conduta praticada pelo Dr. JOÃO, apontado como vítima...

Continuando, apesar da grosseira ironia e ofensividade das palavras do Dr. JOÃO, que isoladamente caracterizariam o crime de injúria, não houve crime algum. Isso porque, em imediata retorsão, o DR. SÉRGIO o indagou se ele não sabia ler, uma vez que o art. 212, do CPP, não dá margem a dúvidas: a testemunha começa a ser inquirida pela parte que a arrolou e, após isso, é a parte contrária que formula as perguntas. Havendo algum esclarecimento a ser feito, somente o juiz tem essa prerrogativa.

Já naquela audiência o Dr. JOÃO alertara o Dr. SÉRGIO, dizendo que “não levaria desaforo para casa”. E de fato não levou: Após a realização da audiência que, como se percebe, foi acalorada, os autos foram remetidos ao mesmíssimo Dr. JOÃO para oferecimento de seus memoriais.

Em sua peça ministerial – que só foi trazida aos autos originários pelo próprio Dr. SÉRGIO, quando foi ouvido perante a autoridade policial –, o Paciente foi tachado de rábula:

“Um RÁBULA saberia que o pagamento de honorários num contrato de prestação de serviços de advocacia, qualquer que fosse o seu valor, não poderia ser feito com o dinheiro pertencente a menores impúberes” (Doc. 10, alegações finais da sedizente vítima nos autos do processo em que, em tese, ocorreu a ofensa).

E continuou o Dr. JOÃO, dizendo que *“invocamos a figura do rábula, que de boa-fé jamais faria tal contrato, mormente o envolvendo o pagamento de honorários advocatícios em valor superior a R\$30.000,00 (trinta mil reais), sem valer-se de instrumento escrito”* (cf. doc. 10).

Rábula, segundo o dicionário AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA, é o “advogado de limitada cultura e chicaneiro”. Ou mesmo o “indivíduo que advoga sem possuir o diploma”.

Para o Dicionário AULETE, rábula é aquele “advogado pouco culto, incompetente ou pilantra”, e ainda aquele que “exerce a advocacia sem ser qualificado, sem possuir diploma”.

O Dicionário HOUAISS, por sua vez, é ainda mais direto: Rábula é a “pessoa que advoga sem ser formada em Direito”.

Conjuminando as palavras do Dr. JOÃO, ora vítima, com as definições trazidas pelos Dicionários, **referido promotor de justiça**, em suas alegações finais, **comparou o Paciente com advogado pouco culto, incompetente, chicaneiro e pilantra**. E o pior, disse que até mesmo aqueles que advogam sem serem formados em Direito não adotariam a tese escolhida pelo Dr. SÉRGIO NIEMEYER em defesa de seu constituinte, o Dr. RICARDO.

**Mais um parêntese:** apesar da arrogância

explícita trazida com as alegações finais do Ministério Público, *data venia*, tão convencido de sua tese que insinua que apenas “rábulas” com ele não concordariam, o constituinte do Dr. SÉRGIO foi absolvido em 1º e 2º grau (cf. docs. 8 e 9).

Segundo, na primeira oportunidade que teve, quando ofereceu os memoriais defensivos, o Paciente rebateu a primeira alusão ao rábula feita pelo Promotor de Justiça, qual seja, de que o contrato de honorários precisaria ser por escrito: é por essa frase, inclusive, que está hoje denunciado:

“Pelo que se lê do memorial elaborado pelo *Parquet*, causa espécie tenha seu membro sido aprovado em concurso para ingresso na carreira, pois até um rábula sabe que os contratos não possuem forma especial, salvo os casos previstos em lei” (doc. 11, Alegações finais do Paciente nos autos do processo em que, em tese, ocorreu a ofensa).

E continuou, rebatendo a segunda agressão do Dr. JOÃO quando disse que nem um rábula seguiria por tal tese:

“Portanto, *data maxima venia*, é surpreendente, para não dizer obtusa, a afirmação lançada nas alegações finais do *Parquet* de que não é possível contratar para pagamento com dinheiro pertencente a menores. Diante de tamanho desatino, vale indagar: com que dinheiro a mãe dos menores paga as prestações do contrato de colégio, línguas, música, a aquisição de vestuário a prazo, etc., se não com as verbas alimentares? Se fosse verdadeira a assertiva feita pelo *Parquet*, todo dinheiro referente a pensão alimentícia jamais poderia ser utilizado em benefício dos

alimentandos porque não se pode contratar em nome deles e cumprir as obrigações assim contraídas com os recursos que lhes pertence” (cf. doc. 11)

Como se percebe, não há qualquer ofensa, pois ausente o *animus injuriandi*. Os argumentos, ainda que veementes e incisivos, diziam respeito à causa em discussão e levaram à absolvição do cliente do Paciente! E, se ofensas foram proferidas, o que se admite como tese subsidiária, foram por ambas as partes, o que também afasta a tipicidade do crime de injúria.

**DA EXISTÊNCIA DE MANIFESTA EXCLUDENTE DE ILICITUDE – DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL, DA INVIOLABILIDADE DO ADVOGADO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES E DA AUSÊNCIA DE ANIMUS INJURIANDI:**

Como já relatado, a temperatura dos embates entre acusação e defesa estava alta desde a audiência, com ironias e desafios (“o senhor conhece o princípio da verdade real?”, “o senhor não sabe ler? Está escrito no art. 212 do Código de Processo Penal.”).

As alegações finais do Ministério Público, naquele processo, tiveram pesada carga emocional, tendo inclusive o Dr. Promotor extrapolado os seus limites acusatórios e feito ataques pessoais e à honra do Dr. RICARDO, que muito embora ali figurasse como réu, é advogado renomado, professor universitário e mestre em Processo Civil pela Universidade de São Paulo. Sem qualquer relevância para se verificar se a conduta do DR. RICARDO era criminosa, afinal bastaria provar-se que cometido ato típico, antijurídico e culpável, o Dr. JOÃO **achincalhou** o Dr. RICARDO (e depois provou-se estar errado, com a sua absolvição). Apenas como exemplo, cita-se os seguintes trechos de seus

memoriais:

“Da postura do réu se percebe que este, no trono de sua autoridade de brilhante professor universitário e advogado renomado, tentou fazer com que a genitora das vítimas acreditasse que lhe era devido o pagamento de honorários da forma como impunha, de tal sorte que a mesma deveria, de afogadilho, subscrever o contrato” (cf. doc. 10, fls. 98)

(...)

“Nesta mesma linha de argumentação, o réu também pretende induzir o Nobre Magistrado em erro, valendo-se até mesmo de argumentos emocionais (cf. doc. 10, fls. 98)”

(...)

“Tal *modus operandi*, longe de demonstrar o conhecimento jurídico do réu, demonstra na verdade o apego deste ao que não lhe pertence, ou seja, ao dinheiro do qual indevidamente se apropriou. O réu, por certo, tem conhecimento jurídico que lhe permite concluir pela ilicitude criminal de sua conduta, a qual também é reprovável, sob os auspícios da ética e da moral. Talvez não lhe valha tanto a reputação, lhe valendo mais o dinheiro” (cf. doc. 10, fls. 102).

(...)

“Ao que parece, sentou-se no ‘pseudo-trono’ de sua autoridade na matéria, para teimar que seu intento tinha respaldo” (cf. doc. 10)

Como se percebe, o Dr. Promotor ofendeu gratuitamente o Dr. RICARDO que, como já dito, é merecedor de respeito dos operadores de direito. E não só o réu foi vítima das ofensas. O seu defensor, que aqui é apontado como Paciente, também foi severamente ofendido ao ser

comparado com um rábula. Aliás, sequer foi feita a comparação, e sim a afirmação de que até mesmo um rábula não seguiria pela linha defensiva seguida pelo Paciente (defesa que, posteriormente, sobressaiu vitoriosa).

E qual era o tom que se esperava do Paciente quando elaborou as alegações finais de seu constituinte, após terem ambos sido atacados e ofendidos em sua honra? Por óbvio que não viriam elogios ao trabalho ministerial, que durante longos anos manteve na cadeira dos réus advogado íntegro e probo, achincalhando-o e ofendendo sua honra.

Até porque, salvo o momento do interrogatório, é do advogado, e não do réu, a voz que faz a defesa de quem está processado. Havendo acusação pura e simples de crime, a defesa será pura e simples. Havendo, além das imputações jurídicas, ataques à honra do réu, **é dever do advogado responder e lutar pelo resguardo da reputação daquele que lhe confiou sua liberdade.** Afinal, o advogado, no exercício de seu *munus* indispensável à administração da justiça, é o escudo protetor do seu constituinte.

O Paciente foi duro, veemente e firme. E foi com a sua defesa que o Dr. RICARDO foi absolvido. Não se pode, sob pena de se amordaçar a palavra do advogado, censurar sua palavra e processá-lo por fazer duras críticas ao seu *ex adverso*, em discussão intrinsecamente ligada à causa.

Aliás, a dita frase injuriosa foi escrita com o nítido fim de defender o seu cliente! Não por outra razão que logo em seguida à imputada injúria, o Paciente explicou que “os contratos não possuem forma especial, salvo os casos previstos em lei”. E esse era o ponto fulcral daquele processo.

Se fosse admitida a existência de um contrato

de honorários verbal firmado pelo Dr. RICARDO e seus então clientes, provar-se-ia a tese defensiva (e que de fato se provou). O trecho dito injurioso era essencial à defesa de seu constituinte. Aliás, não é demais lembrar que no acórdão que manteve a absolvição do Dr. RICARDO, constou expressamente:

“As testemunhas defensivas comprovam a existência de um fato lícito, qual seja, a existência de uma contratação verbal entre o apelado e a genitora das supostas vítimas” (cf. doc. 10)

Pode ser que os termos utilizados pelo Paciente tenham sido duros, mas isso não o torna criminoso. A propósito, o eminente Ministro COSTA LEITE, conduzindo aresto paradigmático no Habeas Corpus n.º 177-DF, deixou assentado o seguinte:

“Expressões que, segundo os léxicos, podem ser consideradas vergastantes à honra subjetiva, mas que, integradas ao contexto em que proferidas, não assumem conotação ofensiva. Inexistência, de qualquer modo, do *animus injuriandi*. Em tais condições, impende reconhecer a falta de justa causa para a ação penal. Ordem deferida.” (STJ, 6ª Turma, j. 6.3.90, v.u., D.J. de 9.04.90, Sec. I, p. 2.749; JSTJ, ed. Lex, 11/175).

E, como ensina o saudoso MAGALHÃES

NORONHA:

"Não basta, pois, que as palavras sejam "aptas" a ofender, **é mister que sejam proferidas com esse fim**". ("Direito Penal", SP., ed. Saraiva, 14ª ed. 1978, vol.II, nº 350, p. 126).

Além disso, **no exercício de sua função o Paciente não pode ser responsabilizado**, haja vista a **inviolabilidade** que garante ao advogado o exercício destemido do seu *munus* público. Diz o art. 2º, §3º da Lei nº 8.906/94:

“O advogado é indispensável à administração da justiça.

§1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *munus* público.

§3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei”.

Aliás, o dispositivo acima repete o exato teor do art. 133, caput, da Constituição Federal. Nesse sentido, já se teve a oportunidade de se afirmar:

“Quando a Constituição Federal enuncia no artigo 133 que o advogado é inviolável ‘por seus atos e manifestações no exercício da profissão’ outra coisa não está fazendo senão **garantir-lhe uma atuação livre, independente e desassombrada**. Assim é que na hipótese, infelizmente não tão infreqüente, de clientes que retratam abusos por parte de policiais, o advogado, mais que o direito, **tem o dever de, em juízo** ou perante as diferentes corregedorias e, em alguns casos, até mesmo na imprensa, **externar com amplitude, vigor e contundência, os argumentos que reputa importantes para retratar a violência praticada e pedir a adoção das providências cabíveis, sem que seja importunado por ações de caráter civil ou penal**” (ALBERTO

ZACHARIAS TORON e ALEXANDRA LEBELSON SZAFIR, Prerrogativas Profissionais do Advogado, Brasília, OAB, 2006, p. 23).

Também merece destaque a lição do ex-presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, JOSÉ ROBERTO BATOCHIO:

“A natureza eminentemente conflitiva da atividade do advogado freqüentemente o coloca diante de situações que o obrigam a expender argumentos à primeira vista ofensivos, ou, eventualmente, adotar conduta insurgente. (...) **menos por uma questão de liberdade de convencimento e mais por um dever impostergável de expor a verdade, replicar e repudiar fatos, ou não permitir situações de arbítrio**” (A inviolabilidade do advogado em face da Constituição de 1988, RT 688/403).

Já o eg. Supremo Tribunal Federal, na voz do preclaro ministro CELSO DE MELLO, afirmou:

“INVIOLABILIDADE DO ADVOGADO - CRIMES CONTRA A HONRA - ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO - O "ANIMUS DEFENDENDI" COMO CAUSA DE DESCARACTERIZAÇÃO DO INTUITO CRIMINOSO DE OFENDER. - **A inviolabilidade constitucional do Advogado: garantia destinada a assegurar-lhe o pleno exercício de sua atividade profissional. - A necessidade de narrar, de defender e de criticar atua como fator de descaracterização do tipo subjetivo peculiar aos delitos contra a honra.** A questão das excludentes anímicas. Doutrina. Precedentes. - Os atos praticados pelo Advogado no patrocínio técnico da causa, respeitados os limites deontológicos que regem a

sua atuação como profissional do Direito e que guardem relação de estrita pertinência com o objeto do litígio, ainda que expressem críticas duras, veementes e severas, mesmo se dirigidas ao Magistrado, não podem ser qualificadas como transgressões ao patrimônio moral de qualquer dos sujeitos processuais, eis que o "animus defendendi" importa em descaracterização do elemento subjetivo inerente aos crimes contra a honra. Precedentes. O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA E A NECESSIDADE DE RESPEITO ÀS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS DO ADVOGADO. - O Supremo Tribunal Federal tem proclamado, em reiteradas decisões, que o Advogado - ao cumprir o dever de prestar assistência àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado - converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja a instância de poder perante a qual atue, **incumbe, ao Advogado, neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias - legais e constitucionais - outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos.** - O exercício do poder-dever de questionar, de fiscalizar, de criticar e de buscar a correção de abusos cometidos por órgãos públicos e por agentes e autoridades do Estado, inclusive magistrados, reflete prerrogativa indisponível do Advogado, que não pode, por isso mesmo, ser injustamente cerceado na prática legítima de atos que visem a neutralizar situações configuradoras de arbítrio estatal ou de desrespeito aos direitos daquele em cujo favor atua. - O respeito às prerrogativas profissionais do Advogado constitui garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque o Advogado,

nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e liberdades fundamentais” (HC nº 98.237, DJe 06.08.10).

E nesse sentido também já assentou o eg. STJ:

“HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DO ATO. CRIME DE CALÚNIA. ADVOGADO. DEFESA JUDICIAL. ANIMUS CALUNIANDI. AUSÊNCIA. ARTIGO 7º, § 2º DO ESTATUTO DA ADVOCACIA. Evidenciado, de pronto, a ausência do intuito do paciente, no exercício da defesa de seu cliente em juízo, em ofender a honra do querelante, mister se faz o trancamento da ação penal, ante a falta do elemento subjetivo imprescindível para a caracterização do delito de calúnia. No cumprimento do seu dever de ofício, ou seja, na ação restrita à causa de seu patrocínio, o advogado tem a cobertura de imunidade profissional, em se tratando de crimes contra a honra. (Lei 8.906/94, art. 7º, § 2º)” (RHC n.º 11.474/MT). Ordem concedida para trancar a ação penal” (HC 20482/RS, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ 17.11.03).

Portanto, verificando-se que o advogado Dr. SÉRGIO NIEMEYER limitou-se a exercer seu **dever legal**, atuando estritamente nos limites da causa e fazendo duras críticas à atuação do Promotor de Justiça – o que era imprescindível para a boa **defesa do acusado seu cliente – *animus defendendi*** –, tem-se a existência de manifesta causa excludente de ilicitude, qual seja, estrito cumprimento de dever legal, a ensejar a concessão da presente Ordem de *Habeas Corpus* por ser medida de **JUSTIÇA!**

## SE OFENSIVAS AS PALAVRAS DO PACIENTE, EVIDENTE QUE PROFERIDAS RECIPROCAMENTE

Se as palavras proferidas por advogados, tomadas isoladamente, configuram, em tese, a prática de crime contra a honra de magistrado, mas, contudo, quando contextualizadas, revelam, desenganadamente, retorsão diante das também desonrosas palavras do Juízo, o trancamento da ação penal, porque as partes, em meio à troca de ofensas recíprocas, limitaram-se à discussão da causa, é medida que se impõe.(STJ, HC nº 19.486, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 6.5.02)

Mesmo que se considerem ofensivas as palavras do Paciente, o que se admite apenas para argumentar, não se pode deixar de perceber que foram em resposta imediata às ofensas que foram a si proferidas e a seu constituinte.

É claro que em sua representação, a sedizente vítima pinçou apenas e exclusivamente a peça defensiva, onde se apontou a injúria. Mas nas declarações prestadas pelo Paciente perante a autoridade policial, quando foi ouvido, trouxe documentalmente a verdadeira circunstância em que se deram as ditas ofensas (cf. doc. 11).

Após ler ofensas dirigidas a si e a seu constituinte, e utilizando-se da mesmíssima palavra utilizada pelo Dr. Promotor – Rábula –, o Paciente resguardou a sua própria honra. Aliás, as ofensas que teriam ocorrido são praticamente idênticas. Explica-se:

O Dr. JOÃO insinuou que nem mesmo aquele

que não tem diploma, um Rábula, não defenderia a tese defendida pelo Dr. SÉRGIO. Colocou-o, portanto, abaixo da condição de Rábula. O Dr. SÉRGIO, por sua vez, rebateu que soava estranho que um membro do Ministério Público, aprovado em concurso, seguisse a tese da acusação de que menores não podem contratar, mesmo que devidamente representados, e de que um contrato não pudesse ser realizado verbalmente. Segundo o Paciente, até mesmo um Rábula saberia que “os contratos não possuem forma especial, salvo os casos previstos em lei”.

Qual a diferença das ditas ofensas? Por que aquela proferida pelo promotor contra o advogado não lhe ataca a honra, e aquela proferida pelo advogado, contra o promotor, lhe melindra a ponto de representar criminalmente contra o Paciente? Seria o cúmulo, *data venia*, que não se permitissem críticas fortes porque a sensibilidade do promotor fica afetada ou por um mero melindre caprichoso.

E em caso muito semelhante ao dos autos, mas em ofensas que teriam sido praticadas por advogado contra juiz de direito, o eg. STJ decidiu:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. IMUNIDADE DE ADVOGADO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. É firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que a inviolabilidade judiciária contemplada no artigo 133 da Constituição da República não é absoluta, podendo, como pode, ser afastada em se verificando a ocorrência de excessos ou abusos por parte dos advogados.
2. **Se as palavras proferidas por advogados, tomadas isoladamente, configuram, em tese, a prática de crime contra a honra de magistrado, mas, contudo, quando contextualizadas, revelam, desenganadamente, retorsão diante das também**

**desonrosas palavras do Juízo, o trancamento da ação penal, porque as partes, em meio à troca de ofensas recíprocas, limitaram-se à discussão da causa, é medida que se impõe.**

3. A exclusão da responsabilidade penal não afasta o juízo de reprovação ético-profissional – coibível administrativamente – até porque reveladoras as condutas de total desconhecimento quanto ao dever de zelo recíproco entre magistrados e advogados.

4. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal. (HC nº 19.486, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 6.5.02)

No caso citado, a situação era de advogados que, **em nome de empresa** que havia sido ofendida com desonrosas palavras do juiz de direito, cometeram crime contra a honra. Nas palavras do próprio voto:

“Na espécie, é de se ver, as palavras proferidas pelos pacientes, tomadas isoladamente, **configuram, em tese, a prática de crime contra a honra do magistrado ofendido.**

Inseridas no contexto da causa, todavia, revelam, desenganadamente, a **RETORSÃO DA EMPRESA**, ofendida em razão das também desonrosas palavras do juízo singular.”

É óbvio: se em **retorsão à ofensa à honra de pessoa jurídica**, acusada de ilícito cível, **o advogado está protegido** por sua imunidade profissional porque as palavras desonrosas foram mútuas – ao magistrado e à empresa –, **com muito mais razão de estar amparado pelo manto da imunidade em causa em que era defendida a liberdade e a honra de pessoa física**, ADVOGADO RENOMADO, PROFESSOR UNIVERSITÁRIO HÁ MAIS DE 15 ANOS E MESTRE EM PROCESSO CIVIL PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Além, é claro, da própria honra do Paciente.

Desse modo, também por essa razão – caso entendam Vossa Excelências que as palavras do Paciente, tomadas isoladamente, configurariam crime contra a honra – é manifestamente carente de Justa Causa a denúncia que é imputada contra o Dr. SÉRGIO NIEMEYER, razão pela qual se requer o trancamento da Ação Penal que pesa sobre ele, por ser medida de **JUSTIÇA!**

## DO PEDIDO DE LIMINAR:

O *fumus boni iuris* encontra-se em toda a argumentação acima exposta. Já o *periculum in mora* reside no fato de estar designada, para o próximo dia 27 de setembro, audiência de instrução, debates e julgamento (doc. 12). Ademais, foi expedida Carta Precatória para a Comarca de Santos para a oitiva da sedizente vítima. Assim, há possibilidade concreta de, a qualquer momento, ser tomado o seu depoimento. O Paciente encontra-se submetido ao constrangimento ilegal de responder a processo criminal carente de justa causa, e sem a possibilidade de exercer o seu direito à ampla defesa tutelado pela Constituição.

Eminente juiz: a concessão da medida liminar, além de preservar o Paciente da ilegalidade a que está sendo submetido, não trará qualquer prejuízo à ação penal em discussão. Não há risco de prescrição, uma vez que a denúncia acabou de ser recebida com a decisão que se reputa ilegal, interrompendo o curso prescricional. De outra parte, o prejuízo ao Paciente em ser julgado em uma ação penal eivada de nulidade e, pior, carente de justa causa, é manifesto.

Assim, considerando que “*a medida liminar,*

# Toron, Torihara e Szafir

a d v o g a d o s

*no processo penal de habeas corpus, tem o caráter de providência cautelar. Desempenha importante função instrumental, pois se destina a garantir – pela preservação cautelar da liberdade de locomoção física do indivíduo – a eficácia da decisão a ser ulteriormente proferida quando do julgamento definitivo do writ constitucional” (Rel. Min. CELSO DE MELLO, RTJ 147/962), aguarda-se, em caráter liminar, o sobrestamento da ação penal até final decisão do writ.*

Ao final, contando com os doutos suprimentos de Vossas Excelências, aguarda-se a concessão da ordem a fim de se anular a r. decisão ilegal proferida pela d. autoridade coatora, bem como o trancamento da Ação Penal que pesa contra o Paciente por ser patente a ausência de justa causa como, tudo por ser medida de JUSTIÇA!

São Paulo, 15 de agosto de 2012

ALBERTO ZACHARIAS TORON

OAB/SP nº 65.371

MARCELO FELLER

OAB/SP nº 296.848

## **RELAÇÃO DE DOCUMENTOS JUNTADOS:**

1. Denúncia;
2. Representação da sedizente vítima contra o Paciente;
3. Cota requerendo designação de audiência preliminar;
4. Audiência Preliminar que restou infrutífera, com a não aceitação de transação penal ou suspensão condicional do processo pelo Paciente;
5. Audiência de instrução, debates e julgamento, que não se realizou;
6. Petição do Paciente informando acerca do não recebimento da denúncia;
7. Decisão recebendo a denúncia e, após, abrindo vista para o Paciente apresentar sua defesa;
8. Sentença que absolveu o advogado RICARDO ALGARVE GREGÓRIO, nos autos do processo em que, em tese, ocorreu a ofensa;
9. Acórdão que confirmou a absolvição do advogado RICARDO ALGARVE GREGÓRIO, nos autos do processo em que, em tese, ocorreu a ofensa;
10. Alegações finais da sedizente vítima nos autos do processo em que, em tese, ocorreu a ofensa;
11. Alegações finais do Paciente nos autos do processo em que, em tese, ocorreu a ofensa;
12. Designação de audiência para o dia 27 de setembro p.f.