



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

OITAVA CÂMARA CRIMINAL
APELAÇÃO Nº 0388807-90.2015.8.19.0001
ORIGEM: 16ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL
APELANTE: MARINO D ICARAHY JUNIOR
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATOR: DES. CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR

APELAÇÃO. IMPUTAÇÃO DE CRIMES CONTRA A HONRA PRATICADOS NO ÂMBITO DA ATIVIDADE ADVOCATÍCIA. DEFESA QUE SE INSURGE CONTRA A CONDENAÇÃO DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO TÍPICA EM RELAÇÃO AOS DELITOS DE CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. FLAGRANTE EXCESSO NO USO DA PRERROGATIVA FUNCIONAL QUANTO AO CRIME DE INJÚRIA. PALAVRA AGRESSIVA E DESNECESSÁRIA AO DESLINDE DA CAUSA, PROFERIDA FORA DO EXERCÍCIO REGULAR DAS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

Segundo se infere dos autos, as condutas imputadas se deram durante a audiência de instrução e julgamento realizada sob a presidência da vítima, Juiz de Direito, no âmbito do processo nº 0229018-26.2013.8.19.0001 em trâmite na 27ª Vara Criminal da Comarca da Capital, no qual o apelante, na qualidade de advogado, patrocinava os interesses de seus assistidos, a quem o Ministério Público imputa a prática do delito previsto no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal. Como se depreende dos depoimentos prestados sob o crivo do contraditório, a audiência da qual originaram-se as imputações delitivas transcorreu em clima de tensão e emoção, ante o elevado número de acusados e pessoas que se encontravam no recinto assistindo ao ato, bem





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

como em decorrência da peculiaridade e notoriedade do processo, que diz respeito à suposta associação criminosa de 23 jovens, com o fim de praticar diversos delitos, como dano, resistência e posse de artefatos explosivos, no contexto das manifestações populares de junho de 2013. Após terminar o seu interrogatório, um dos acusados se dirigiu até o seu advogado, ora réu, para se despedir, quando resolveu realizar o gesto de cerrar o punho, o que foi acompanhado por parte do público que assistia à audiência. Logo a seguir, a vítima foi até o banheiro e, ao retornar, ordenou a retirada das pessoas que tinham cerrado os punhos em solidariedade ao interrogado. Ademais, a vítima determinou a extração e a remessa de cópias ao Ministério Público, para fins de apuração de eventual prática do delito de desacato. Com isso, o acusado saiu em defesa de seu assistido e pronunciou em voz alta as palavras das quais se valeu o *Parquet* para formar a sua *opinio delicti* e deflagrar a presente ação penal.

Do pedido de absolvição – Delito de calúnia: a expressão tida como ofensiva pelo Ministério Público, e que serviu como supedâneo à imputação delictiva descrita na denúncia, não deve ser analisada isoladamente, palavra por palavra, mas sim dentro de um único contexto, do qual não se extrai sequer a imputação de fato definido como crime, tampouco a intenção do apelante de atingir a honra da vítima, o que evidencia não apenas a ausência do tipo objetivo do delito previsto no artigo 138 do Código Penal, mas também a inexistência do *animus calunandi*. A configuração do delito de calúnia pressupõe a presença simultânea dos elementos objetivo, normativo e subjetivo do tipo, que podem ser caracterizados, respectivamente, como a imputação de fato definido como crime, a falsidade do fato imputado e a intenção de caluniar. Com efeito, segundo consta do depoimento da própria vítima, a imputa-





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ção do delito de calúnia originou-se quando o apelante se indignou, repita-se, com a determinação de se extrair cópias para a apuração do crime de desacato atribuído ao seu assistido em plena audiência, o que fez o apelante a dizer “*que toda a acusação de desacato estaria intrinsicamente ligada à prática de abuso de autoridade*”. No entanto, o uso do pronome indefinido “*toda*” na expressão corrobora a assertiva de que o acusado não estava atribuindo falsa e diretamente à vítima um fato definido como crime, mas sim expondo uma visão crítica, no âmbito da defesa de seu assistido, da permanência do delito de desacato no ordenamento jurídico brasileiro. Em outros termos, embora tenha se utilizado de forte retórica para exprimir a sua indignação, o acusado proferiu as palavras em tom crítico e genérico, e sem a intenção de direcioná-las diretamente à vítima, daí por que se percebe nitidamente a ausência do *animus caluniandi*. Ademais, é possível se aferir, sem grande esforço intelectual, que a oração proferida pelo acusado não se mostrou suficientemente clara ao ponto de descrever a imputação de um fato específico, determinado e com as respectivas circunstâncias, que tipificasse uma infração penal, o que não se amolda ao tipo objetivo do crime de calúnia. De acordo com o entendimento do Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, “*nos termos da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, se não há na denúncia descrição de fato específico, marcado no tempo, que teria sido falsamente praticado pela pretensa vítima, o reconhecimento da inépcia é de rigor, porquanto o crime de calúnia não se contenta com afirmações genéricas e de cunho abstrato*” (RHC 77.768/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 26/05/2017). **Delito de difamação**: as palavras proferidas pelo acusado e que





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

serviram de fundamento para a imputação delitiva se resumem em “*esse é o seu caráter. Esse é o seu perfil*”. Embora tenha se excedido no uso de suas prerrogativas funcionais, quando fez uso de oratória agressiva para defender os interesses de seu assistido, dúvida não há de que o advogado não imputou um fato determinado, mas apenas emitiu afirmações que se restringem ao mero conceito desfavorável, o que se amolda ao tipo penal previsto no artigo 140 do Código Penal, e não ao delito de difamação. Deveras, o tipo objetivo do delito de difamação pressupõe a imputação de algum fato determinado e ofensivo à reputação da pessoa, e não o mero juízo de valor do qual defluam qualidades negativas, que deponham menoscabo ou ultraje contra a estima moral ou funcional de alguém. Como leciona Cezar Roberto Bitencourt, “*difamar consiste em atribuir fato ofensivo à reputação do imputado – acontecimento concreto – e não conceito ou opinião, por mais gravosos ou aviltantes que possam ser*”. [...]. “*Para que ocorra a difamação é necessário que o fato seja determinado e que essa determinação seja objetiva, pois a imputação vaga, imprecisa ou indefinida não a caracteriza, podendo, eventualmente, adequar-se ao crime de injúria*” (Tratado de Direito Penal. Parte Geral. V. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 352/353). **Delito de injúria:** os termos dos quais se valeu o Ministério Público para imputar o delito de difamação, aliados à expressão “*arbitrário*” também proferida pelo acusado, configuram, indubitavelmente, o delito de injúria, cujo tipo objetivo se restringe à ofensa da dignidade ou decoro de alguém, por meio de palavras ou gestos que exprimam qualidades negativas, desprezo ou menoscabo. Ademais, como se mostraram excessivamente desmedidas e indecorosas, as palavras proferidas pelo acusado na defesa de seu assistido durante a audiência de instrução e julgamento não se





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

encontram resguardadas pela imunidade a que fazem jus, em regra, os advogados. Como bem destacado pelo saudoso Ministro PAULO GALLOTTI, “a imunidade profissional prevista no artigo 133 da Constituição Federal não é absoluta, encontra limites na lei e não acoberta as manifestações excessivas e desnecessárias que extrapolem os limites da discussão da causa” (HC 80.646/RJ, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 09/02/2009). Ao imputar diretamente ao Magistrado a qualidade de “arbitrário” em plena audiência e na presença de diversas pessoas que assistiam ao ato, o acusado cometeu flagrante excesso no uso de sua prerrogativa funcional, na medida em que proferiu uma palavra agressiva e desnecessária à defesa de seu assistido, fora do exercício regular de suas prerrogativas, às quais, por óbvio, não se incluem intimidações ao Juiz da causa. No caso em tela, a manifestação do acusado contra a vítima não se afigura uma atividade típica de quem exerce uma prerrogativa funcional, mas sim uma conduta delituosa praticada contra um Magistrado, em razão de suas funções, a quem imputou um conceito negativo e desnecessário ao deslinde da causa, do qual decorreu menoscabo e vilipêndio contra a honra subjetiva. Levando-se em conta a sua atividade profissional, o réu é conhecedor das consequências e dos danos que podem ser acarretados pela prolação de uma palavra excessivamente agressiva e desnecessária à defesa de seu assistido, o que evidencia a presença do dolo e do *animus injuriandi*, ante a flagrante intenção de macular a honra da vítima.

Da dosimetria da sanção penal: a pena-base é fixada em seu mínimo legal, ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. O acusado tem contra si a agravante prevista no artigo 61, II, g, do Código Penal, o que impõe um aumento de 05 dias





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

de detenção. Com o reconhecimento das causas de aumento previstas no artigo 141, II e III, do Estatuto Repressivo, a sanção penal é exasperada na fração de 3/8, da qual deflui a pena definitiva de 01 mês e 18 dias de detenção. A pena privativa de liberdade é substituída por uma restritiva de direitos, na modalidade de prestação pecuniária, ora fixada em 03 salários mínimos vigentes ao tempo do pagamento, cuja destinação deve observar o disposto na Resolução CNJ nº 154/2012 e Ato Executivo TJ nº 1454/14.

RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, para absolver o acusado das imputações dos delitos de calúnia e difamação, com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, bem como para redimensionar a sanção penal na forma supramencionada e, por consequência, substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, na modalidade de prestação pecuniária, ora fixada em 03 salários mínimos vigentes ao tempo do pagamento, cuja destinação deve observar o disposto na Resolução CNJ nº 154/2012 e Ato Executivo TJ nº 1454/14. Mantidos os demais termos da sentença vergastada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **Apeação Criminal nº 0388807-90.2015.8.19.0001**, em que figura como apelante **Marino D Icarahy Junior** e como apelado o **Ministério Público**.





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Acordam os Desembargadores da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **por unanimidade**, em conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, para absolver o acusado das imputações dos delitos de calúnia e difamação, com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, bem como para redimensionar a sanção penal na forma supramencionada e, por consequência, substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, na modalidade de prestação pecuniária, ora fixada em 03 salários mínimos vigentes ao tempo do pagamento, cuja destinação deve observar o disposto na Resolução CNJ nº 154/2012 e Ato Executivo TJ nº 1454/14. Mantidos os demais termos da sentença vergastada.

Relatório nos autos.

Cuida-se de apelação interposta contra a sentença prolatada pelo MM Juiz da 16ª Vara Criminal da Comarca da Capital, na qual Sua Excelência julgou procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o acusado Marino D Icarahy Junior como incurso nas penas dos delitos previstos nos artigos 138, 139 e 140, c/c 141, II e III, n/f do 70, 2ª parte, todos do Código Penal, ao total de 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 01 (um) dia de detenção, em regime aberto, e pagamento de 32 (trinta e dois) dias-multa, no valor unitário de 01 (um) salário mínimo (e-docs 141, 180 e 185).

O douto Julgador ainda condenou o apelante ao pagamento das despesas processuais e substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, na modalidade de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

A denúncia foi oferecida nos seguintes termos:

[...].

I - Do delito de calúnia - art. 138 c/c artigo 141, incisos II e III, ambos do Código Penal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

No dia 12/03/2015, na Avenida Erasmo Braga, nº 115, bairro Centro, Comarca da Capital, mais precisamente na sala de audiências nº 408 da CAC do Fórum Central, o denunciado, de forma livre e consciente, dolosamente, na presença de várias pessoas, caluniou o Juiz de Direito Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau, em razão de suas funções, imputando-lhe, falsamente, a prática do crime de abuso de autoridade.

Segundo restou apurado, o denunciado, na audiência a realizada no curso do processo criminal nº 0229018-26.2013.8.19.0001, em trâmite na 27ª Vara Criminal da Comarca da Capital, na presença de várias pessoas, inclusive de profissionais da imprensa, insatisfeito com uma decisão do Juiz de Direito, ora vítima, imputou ao último a prática do crime de abuso de autoridade.

Conforme se depreende dos autos, o Juiz de Direito Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau, por ter constatado indícios da prática de conduta supostamente criminoso no curso da audiência realizada no processo supramencionado, em razão da prática, em tese, do crime de desacato pelo réu Igor Mendes da Silva, determinou a extração de peças à Promotoria de Justiça atuante junto ao VIII Jecrim, com a concordância do membro do Ministério Público designado, na ocasião, para a 27ª Vara Criminal.

Entretanto, o ora denunciado, insatisfeito com as medidas tomadas, com “animus caluniandi”, imputou à vítima, falsamente, a prática do crime de abuso de autoridade, tendo proferido as seguintes palavras: “Na verdade, eu quero dizer a Vossa Excelência que toda acusação de desacato está intrinsecamente ligada a uma atitude de abuso de autoridade”.

II- Dos delitos de difamação e de injúria - artigos 139 e 140, ambos cumulados com art. 141, incisos II e III, todos do Código Penal.

Nas mesmas circunstâncias de horário e local, o denunciado, de forma livre e consciente, dolosamente, na presença de várias pessoas, difamou e injuriou o Juiz de Direito Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau, em razão de suas funções, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação e ofendendo-lhe a dignidade, violando sua honra nos aspectos objetivo e subjetivo.





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Conforme consta nos autos, nas mesmas circunstâncias do delito de calúnia acima descrito, na mesma audiência, na presença de várias pessoas, inclusive de profissionais da imprensa, o denunciado, ainda insatisfeito com a decisão judicial, com "animus injuriandi vel difamandi", apontou o dedo em direção à vítima, de forma a ofendê-lo e a humilhá-lo, e proferiu as seguintes palavras: "Esse é o seu caráter. Esse é o seu perfil".

Não satisfeito, o denunciado, na mesma audiência, na presença de várias pessoas (inclusive de profissionais da imprensa), com o dedo em riste, ainda ofendeu a honra de Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau, ora vítima, chamando-o de arbitrário, de forma a humilhá-lo.

Consta, dos autos, mídia audiovisual, acostada às fls. 10, em que é possível verificar a prática das condutas delituosas acima descritas.

Procedendo desta forma, sendo objetiva e subjetivamente típicas as condutas descritas, está o denunciado incurso nas sanções penais do art. 138 c.c art. 141, II e III, art. 139 c.c. art. 141, II e III, e art. 140 c.c art. 141, II e III, na forma do artigo 69, todos do Código Penal.

[...].

Irresignada com o *decisum*, interpõe a defesa técnica recurso de apelação (e-doc 188), em cujas razões pugna pela absolvição do acusado, ao argumento de que as condutas imputadas na denúncia seriam atípicas, ante a ausência do elemento subjetivo do tipo.

Aduz que o apelante faz jus à imunidade profissional prevista no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94, uma vez que, segundo a defesa, as condutas imputadas se deram em Juízo e no exercício da profissão.

Assevera ainda que não haveria *animus caluniandi* nas palavras proferidas pelo réu durante o exercício de sua atividade





advocacia, mas apenas a intenção de defender o seu cliente da postura assumida pela vítima, que havia acabado de determinar a extração e remessa de cópias ao Ministério Público, para fins de apuração da prática do delito de desacato, imputado ao assistido do réu em plena audiência de instrução e julgamento.

Por derradeiro, alega a defesa que o apelante não atribuiu a prática de nenhuma conduta criminosa à vítima, o que tornaria atípicos os fatos referentes ao delito de calúnia narrados pelo *Parquet*, ao asserto de que “*a simples menção ao correspondente nomen iuris não configura calúnia, por inexistir imputação de fato*”.

Contrarrazões ao recurso (e-doc 215), em prestígio à sentença vergastada.

É o relatório. Decido.

Levando-se em conta a presença dos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso, passa-se à análise de mérito.

Segundo se infere dos autos, as condutas imputadas se deram durante a audiência de instrução e julgamento realizada sob a presidência da vítima, Juiz de Direito, no âmbito do processo nº 0229018-26.2013.8.19.0001 em trâmite na 27ª Vara Criminal da Comarca da Capital, no qual o apelante, na qualidade de advogado, patrocinava os interesses de seus assistidos, a quem o Ministério Público imputa a prática do delito previsto no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal.

Como se depreende dos depoimentos prestados sob o crivo do contraditório, a audiência da qual originaram-se as imputações delitivas transcorreu em clima de tensão e emoção, ante o elevado número de acusados e pessoas que se encontravam no recinto assistindo ao ato, bem como em decorrência da peculiaridade e notoriedade do processo, que diz respeito à suposta associação criminosa de 23 (vinte e três) jovens, com o fim de praticar diversos deli-





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



tos, como dano, resistência e posse de artefatos explosivos, no contexto das manifestações populares de junho de 2013.

Ao prestar depoimento em Juízo, a vítima narra em detalhes toda a dinâmica dos fatos, inclusive as palavras proferidas pelo acusado durante a audiência de instrução e julgamento, das quais se valeu o Ministério Público para formar o seu convencimento e deflagrar a presente ação penal.

De acordo com a vítima, ao terminar o seu interrogatório, um dos acusados se dirigiu até o seu advogado, ora réu, para se despedir, quando resolveu realizar o gesto de cerrar o punho, o que foi acompanhado por parte do público que assistia à audiência.

Logo a seguir, a vítima foi até o banheiro e, ao retornar, ordenou a retirada das pessoas que tinham cerrado os punhos em solidariedade ao interrogado.

Ademais, a vítima determinou a extração e a remessa de cópias ao Ministério Público, para fins de apuração de eventual prática do delito de desacato.

Com isso, o acusado saiu em defesa de seu assistido e pronunciou em voz alta e com dedo em riste *“que toda a acusação de desacato estaria intrinsicamente ligada à prática de abuso de autoridade”*.

Na sequência, o apelante ainda proferiu palavras do tipo *“esse é o seu caráter, esse é o seu perfil”*.

Em resposta, a vítima disse ao acusado *“que o meu caráter é de um homem de bem, honesto, trabalhador, mas se o senhor não tem caráter o problema é do senhor”*.

Por fim, o acusado ainda chamou a vítima de *“arbitrário”*.





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

As testemunhas arroladas pelo Ministério Público apresentaram depoimentos coerentes e detalhados, em perfeita harmonia com as declarações da vítima.

A testemunha arrolada pela defesa, o defensor público Guilherme Celidônio, afirmou em Juízo que não presenciou a discussão entre vítima e acusado, pois, nesse momento, não se encontrava na sala de audiências.

A testemunha Luisa Melciades Rodriguez Maranhão, advogada, asseverou que a vítima interpretou equivocadamente as palavras proferidas pelo acusado, de quem não ouviu nenhuma ofensa direcionada ao Magistrado.

Nesse sentido o depoimento da testemunha José Sales Pimenta, para quem as palavras enunciadas pelo acusado tiveram cunho crítico, mas foram direcionadas às circunstâncias do processo, e não diretamente à vítima.

Em seu interrogatório, o acusado admite a prolação das palavras descritas na denúncia, mas alega que os fatos se deram em contexto diverso do que foi narrado pelo Ministério Público, sem a intenção de caluniar ou ofender a honra da vítima, por quem teria sido chamado de mau caráter em plena audiência.

Aduz que as palavras que serviram de fundamento para o Ministério Público lhe imputar o delito de calúnia foram proferidas em tom crítico à permanência do delito de desacato no ordenamento jurídico brasileiro, e não como forma de ofensa ao Magistrado.

Diante dessa realidade, conclui-se que os depoimentos das testemunhas de defesa e a própria versão apresentada pelo acusado não afastam a assertiva de que ele realmente proferiu as palavras descritas na denúncia, das quais se valeu o Ministério Público para formar a sua *opinio delicti* e convencer o MM Juiz *a quo* da comprovação da materialidade e da autoria delitivas.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Logo, o que resta a se aferir no caso em tela diz respeito à apuração de que as palavras descritas na peça inicial acusatória se adequariam aos tipos penais imputados, bem como se o acusado faria jus à imunidade atribuída ao advogado no exercício da profissão, dentro do contexto em que se deram os fatos.

No que tange ao crime de calúnia, a expressão tida como ofensiva pelo Ministério Público, e que serviu como supedâneo à imputação delitiva descrita na denúncia, não deve ser analisada isoladamente, palavra por palavra, mas sim dentro de um único contexto, do qual não se extrai sequer a imputação de fato definido como crime, tampouco a intenção do apelante de atingir a honra da vítima, o que evidencia não apenas a ausência do tipo objetivo do delito previsto no artigo 138 do Código Penal, mas também a inexistência do *animus caluniandi*.

A configuração do delito de calúnia pressupõe a presença simultânea dos elementos objetivo, normativo e subjetivo do tipo, que podem ser caracterizados, respectivamente, como a imputação de fato definido como crime, a falsidade do fato imputado e a intenção de caluniar.

Com efeito, segundo consta do depoimento da própria vítima, a imputação do delito de calúnia originou-se quando o apelante se indignou, repita-se, com a determinação de se extrair cópias para a apuração do crime de desacato atribuído ao seu assistido em plena audiência, o que fez o apelante a dizer “*que toda a acusação de desacato estaria intrinsicamente ligada à prática de abuso de autoridade*”.

No entanto, o uso do pronome indefinido “*toda*” na expressão corrobora a assertiva de que o acusado não estava atribuindo falsa e diretamente à vítima um fato definido como crime, mas sim expondo uma visão crítica, no âmbito da defesa de seu assistido, da permanência do delito de desacato no ordenamento jurídico brasileiro.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Em outros termos, embora tenha se utilizado de forte retórica para exprimir a sua indignação, o acusado proferiu as palavras em tom crítico e genérico, e sem a intenção de direcioná-las diretamente à vítima, daí por que se percebe nitidamente a ausência do *animus caluniandi*.

Ademais, é possível se aferir, sem grande esforço intelectual, que a oração proferida pelo acusado não se mostrou suficientemente clara ao ponto de descrever a imputação de um fato específico, determinado e com as respectivas circunstâncias, que tipificasse uma infração penal, o que não se amolda ao tipo objetivo do crime de calúnia.

De acordo com o entendimento do Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, “*nos termos da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, se não há na denúncia descrição de fato específico, marcado no tempo, que teria sido falsamente praticado pela pretensa vítima, o reconhecimento da inépcia é de rigor, porquanto o crime de calúnia não se contenta com afirmações genéricas e de cunho abstrato*” (RHC 77.768/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 26/05/2017).

Confirmam-se sobre o tema os seguintes arestos do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CALÚNIA. IMUNIDADE DO ADVOGADO. CLÁUSULA SUBMETIDA AOS LIMITES LEGAIS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DOLO ESPECÍFICO. ANIMUS CALUNIANDI. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. 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. 2. No entanto, caso não se vislumbre na conduta assinalada a intenção inequívoca do advogado de imputar falsamente a alguém um fato definido como crime (*animus caluniandi*), não há como se reconhecer a ocorrência do tipo previsto no art.





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

138 do Código Penal. 3. O acolhimento das alegações no sentido de que teria efetivamente havido intenção inequívoca de imputar falsamente um fato definido como crime (*animus caluniandi*) demandaria necessário revolvimento do contexto fático probatório dos autos, o que não se admite na via especial, a teor do enunciado da Súmula 7 desta Corte. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 711.817/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, REPDJe 10/11/2016, DJe 22/08/2016).

QUEIXA. APELAÇÃO. VALIDADE DOS ATOS ANTERIORES PRATICADOS NA JUSTIÇA COMUM. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CALÚNIA É INJÚRIA. INÉPCIA DA QUEIXA. I - Se o deslocamento do foro por prerrogativa de função ocorre no curso do processo por motivo superveniente, são válidos os atos anteriores praticados por juiz competente. II - Presente o devido processo legal. Cabe ao juiz analisar os requisitos da exordial acusatória a teor do artigo 41 do Código de Processo Penal. III - A calúnia é a imputação falsa à alguém de fato definido como crime. No caso, a queixa não descreve fato típico que o querelado teria dirigido ao querelante, e, sim, no máximo, qualidade negativa. IV - Na injúria não se imputa fato determinado, mas se formula juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém. Ocorrência de prescrição para o crime de injúria. Apelação conhecida e desprovida, com manutenção da sentença de rejeição da queixa (APn 813/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/03/2016, DJe 12/04/2016).

A matéria já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO PENAL. QUEIXA-CRIME. CALÚNIA. ART. 138 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA DO ANIMUS CALUNIANDI. DECLARAÇÕES PROFERIDAS EM MOMENTO DE FORTE EMOÇÃO POR QUE PASSAVA O QUERELADO PELO ASSASSINATO DE SEU FILHO. AUSÊNCIA DE VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DE IMPUTAR A PRÁTICA DE CRIME AO QUERELANTE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. AÇÃO PENAL JULGADA IMPROCEDENTE. 1. O





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

crime de calúnia aperfeiçoa-se com a verificação do dolo e o fim específico de imputar falsamente a alguém um fato definido como crime. 2. A doutrina penal acerca do tipo sub examine assinala que “o elemento subjetivo geral do crime de calúnia é o dolo de dano, que é constituído pela vontade consciente de caluniar a vítima, imputando-lhe a prática de fato definido como crime, de que o sabe inocente. É indispensável que o sujeito ativo – tanto o caluniador quanto o propalador – tenha consciência de que a imputação é falsa, isto é, que o imputado da acusação que lhe faz. (...) O elemento subjetivo que compõe a estrutura do tipo penal assume transcendental importância na definição da conduta típica. É através da identificação do animus agendi que se consegue visualizar e qualificar a atividade comportamental de alguém; somente conhecendo e identificando a intenção – vontade e consciência – do agente poder-se-á classificar um comportamento como típico, correspondente a este ou aquele dispositivo legal, particularmente quando a figura típica exigir também o especial fim de agir, como ocorre nos crimes contra a honra. Não há animus caluniandi na conduta de quem se limita a analisar e argumentar dados, fatos, elementos, circunstâncias, sempre de forma impessoal, sem personalizar a interpretação. Na verdade, postura comportamental como essa caracteriza tão somente o animus defendendi, onde não há a visível intenção de ofender ou, igualmente, o animus narrandi” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa, Vol. 2, 12ª edição, Saraiva, 2012, p. 324-325). 3. In casu, a queixa-crime narra que: i) O querelado praticou os crimes previstos nos arts. 20, 21 e 22 da Lei 5.250/1967 (antiga Lei de Imprensa), ao argumento de que sua honra foi ofendida por meio de declarações feitas pelo acusado em diversas emissoras de televisão, no período de 14/03/2006 a 31/03/2006, no sentido de ser o querelante um dos responsáveis pela morte de seu filho. ii) A queixa-crime foi recebida, em 24/3/2010 (fl. 286), apenas quanto ao crime de calúnia, previsto no art. 138 do Código Penal, em razão de o Supremo Tribunal Federal ter julgado procedente a ADPF nº 130, reconhecendo que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. iii) As provas colhidas nos autos, em especial o interrogatório do querelado e as declarações do querelante indicam a existência de um histórico e recorrente clima de animosidade entre as partes, consubstanciado em inúmeros conflitos jurídicos e





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

desavenças políticas que revelam uma constante querela paroquial. iv) Conforme destacou a Procuradoria Geral da República, “diante de tal quadro de inimizade, o querelado passou a acreditar na possibilidade de envolvimento do querelante na morte de seu filho. (...) O que se extrai das declarações proferidas pelo parlamentar, nos dias seguintes à morte de seu filho, é uma série de questionamentos e suspeitas visando a investigação e responsabilização criminal dos possíveis envolvidos no referido latrocínio (...) desprovidas, deste modo, do propósito de ofender, como é o caso da manifestação feita com o fim de colaborar com a elucidação de um crime cometido contra um familiar ou de buscar a responsabilização de quem lhe tenha possivelmente causado dano”. 4. A atipicidade do fato e a ausência de animus caluniandi é indubitosa, posto que as provas produzidas não demonstraram, de forma inequívoca, o dolo na conduta do querelado. Ao revés, o contexto probatório que exsurge dos autos indica que as declarações do querelado não imputaram um fato criminoso ao querelante. Houve, sim, apenas questionamentos de que as notícias jornalísticas veiculadas pelo querelante poderiam ter instigado ou servido de orientação a meliantes que adentraram na casa da família do querelado e mataram seu filho. 5. O crime de calúnia configura-se quando a imputação versar sobre fato determinado, concreto e específico tipificado como crime, não bastando declarações veementes pronunciadas em momento de grande exaltação. Precedentes: (HC 75.195, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Inq 2.244, Rel. Min. Joaquim Barbosa; Inq 2.582, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Inq. 2.390, Rel. Min. Cármen Lúcia). 6. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que “não há crime contra a honra, se o discurso contumelioso do agente, motivado por um estado de justa indignação, traduz-se em expressões, ainda que veementes, pronunciadas em momento de exaltação emocional ou proferidas no calor de uma discussão” (HC 71.466/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 19/12/1994 e HC 81.885/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 29/08/2003). 7. Ação penal julgada improcedente. Acolhida a proposição do Ministério Público Federal para absolver o querelado com base no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, por entender atípica a conduta do agente (AP 541, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

QUEIXA-CRIME. INJÚRIA. PRESCRIÇÃO. CALÚNIA. DIFAMAÇÃO. AUSENTE DESCRIÇÃO DA CONDUTA. QUEIXA-CRIME REJEITADA. 1. *Está extinta a punibilidade do crime de injúria, tendo em vista a prescrição.* 2. *A narrativa constante da inicial não tipifica o crime de calúnia, para cuja configuração é necessário que tenha havido imputação concreta e individualizada, ao Querelante, de fato definido como crime.* 3. *A inicial também não narrou o crime de difamação, cujo tipo penal demanda, além do insulto, a imputação, ao Querelante, de fato específico e definido, ofensivo à sua reputação.* 4. *Queixa-crime rejeitada (Inq 2870, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 06-08-2012 PUBLIC 07-08-2012).*

Quanto ao delito de difamação, as palavras proferidas pelo acusado e que serviram de fundamento para a imputação delitiva se resumem em “*esse é o seu caráter. Esse é o seu perfil*”.

Embora tenha se excedido no uso de suas prerrogativas funcionais, quando fez uso de oratória agressiva para defender os interesses de seu assistido, dúvida não há de que o advogado não imputou um fato determinado, mas apenas emitiu afirmações que se restringem ao mero conceito desfavorável, o que se amolda ao tipo penal previsto no artigo 140 do Código Penal, e não ao delito de difamação.

Deveras, o tipo objetivo do delito de difamação pressupõe a imputação de algum fato determinado e ofensivo à reputação da pessoa, e não o mero juízo de valor do qual defluam qualidades negativas, que deponham menoscabo ou ultraje contra a estima moral ou funcional de alguém.

Como leciona Cezar Roberto Bitencourt, “*difamar consiste em atribuir fato ofensivo à reputação do imputado – acontecimento concreto – e não conceito ou opinião, por mais gravosos ou aviltantes que possam ser*”. [...]. “*Para que ocorra a difamação é necessário que o fato seja determinado e que essa determinação seja objetiva, pois a imputação vaga, imprecisa ou indefinida não a carac-*





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

teriza, podendo, eventualmente, adequar-se ao crime de injúria” (Tratado de Direito Penal. Parte Geral. V. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 352/353).

Com isso, conclui-se que os termos dos quais se valeu o Ministério Público para imputar o delito de difamação, aliados à expressão “*arbitrário*” também proferida pelo acusado, configuram, indubitavelmente, o delito de injúria, cujo tipo objetivo se restringe à ofensa da dignidade ou decoro de alguém, por meio de palavras ou gestos que expressem qualidades negativas, desprezo ou menoscabo.

Ademais, como se mostraram excessivamente desmedidas e indecorosas, as palavras proferidas pelo acusado na defesa de seu assistido durante a audiência de instrução e julgamento não se encontram resguardadas pela imunidade a que fazem jus, em regra, os advogados.

Como bem destacado pelo saudoso Ministro PAULO GALLOTTI, “*a imunidade profissional prevista no artigo 133 da Constituição Federal não é absoluta, encontra limites na lei e não acoberta as manifestações excessivas e desnecessárias que extrapolem os limites da discussão da causa*” (HC 80.646/RJ, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 09/02/2009).

Ao imputar diretamente ao Magistrado a qualidade de “*arbitrário*” em plena audiência e na presença de diversas pessoas que assistiam ao ato, o acusado cometeu flagrante excesso no uso de sua prerrogativa funcional, na medida em que proferiu uma palavra agressiva e desnecessária à defesa de seu assistido, fora do exercício regular de suas prerrogativas, às quais, por óbvio, não se incluem intimidações ao Juiz da causa.

No caso em tela, a manifestação do acusado contra a vítima não se afigura uma atividade típica de quem exerce uma prerrogativa funcional, mas sim uma conduta delituosa praticada contra um Magistrado, em razão de suas funções, a quem imputou um con-





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ceito negativo e desnecessário ao deslinde da causa, do qual decorreu menoscabo e vilipêndio contra a honra subjetiva.

Levando-se em conta a sua atividade profissional, o réu é conhecedor das consequências e dos danos que podem ser acarretados pela prolação de uma palavra excessivamente agressiva e desnecessária à defesa de seu assistido, o que evidencia a presença do dolo e do *animus injuriandi*, ante a flagrante intenção de macular a honra da vítima.

Logo, no que concerne à imputação do delito de injúria, correto se mostra o juízo de reprovação, diante do irrefutável conjunto fático probatório coligido nos autos, do qual se extrai a certeza de que o acusado cometeu flagrante excesso no uso de suas prerrogativas funcionais.

Quanto aos delitos de calúnia e difamação, impõe-se a absolvição do acusado, com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Na sequência, passa-se à análise da dosimetria da pena.

A pena-base é fixada em seu mínimo legal, ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

O acusado tem contra si a agravante prevista no artigo 61, II, g, do Código Penal, o que impõe um aumento de 05 (cinco) dias de detenção.

Com o reconhecimento das causas de aumento previstas no artigo 141, II e III, do Estatuto Repressivo, a sanção penal é exasperada na fração de 3/8 (três oitavos), da qual deflui a pena definitiva de 01 (um) mês e 18 (dezoito) dias de detenção.

A pena privativa de liberdade é substituída por uma restritiva de direitos, na modalidade de prestação pecuniária, ora fixada em 03 (três) salários mínimos vigentes ao tempo do pagamento,





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

cuja destinação deve observar o disposto na Resolução CNJ nº 154/2012 e Ato Executivo TJ nº 1453/14.

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento, para absolver o acusado das imputações dos delitos de calúnia e difamação, com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, bem como para redimensionar a sanção penal na forma supramencionada e, por consequência, substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, na modalidade de prestação pecuniária, ora fixada em 03 (três) salários mínimos vigentes ao tempo do pagamento, cuja destinação deve observar o disposto na Resolução CNJ nº 154/2012 e Ato Executivo TJ nº 1454/14. Mantidos os demais termos da sentença vergastada.

Rio de Janeiro, 25 de outubro de 2017.

CLAUDIO TAVARES DE OLIVEIRA JUNIOR
Desembargador Relator

