

15/08/2012

PLENÁRIO

AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

VOTO SOBRE QUESTÃO DE ORDEM

(**rejeição** da proposta de encaminhamento de ofício à OAB para a instauração de ação disciplinar contra Advogado)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço *vênia*, Senhor Presidente, **para rejeitar** a proposta **formulada** pelo eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA **no sentido** de oficiar à OAB, para que essa Instituição exerça, *se entender pertinente*, **jurisdição disciplinar** em relação ao profissional indicado pelo ilustre Relator.

Sabemos todos, Senhor Presidente, que a Constituição de 1988, **ao dispor** sobre as funções essenciais à administração da Justiça, **referiu-se**, *de modo expressivo*, **à figura do Advogado e proclamou**, em seu artigo 133, que “O Advogado **é indispensável** à administração da justiça, **sendo inviolável** por seus atos e manifestações **no exercício da profissão**, nos limites da lei” (grifei).

Esse preceito constitucional **consagra** um princípio, **o da essencialidade** da Advocacia, **e institui** uma garantia, **a da inviolabilidade pessoal** do Advogado.

O princípio da **indispensabilidade** tem um sentido institucional. **Ele erige** a Advocacia à condição jurídica **de instituição essencial** à ativação da função jurisdicional do Estado, **de órgão imprescindível** à formação do Poder Judiciário **e**, também, **de instrumento indispensável** à tutela das liberdades públicas.

A **proclamação constitucional da inviolabilidade** do Advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, **traduz, por isso mesmo**,

significativa garantia **do exercício pleno** dos relevantes encargos cometidos pela ordem jurídica a **esse indispensável** operador do Direito.

É certo, *como tem advertido o Supremo Tribunal Federal*, que a garantia da intangibilidade profissional do Advogado **não se reveste** de caráter absoluto, **eis** que a cláusula assecuratória **dessa especial** prerrogativa jurídico-constitucional expressamente **submete** a sua prática **aos limites** da lei.

Daí a advertência desta Suprema Corte, **no julgamento do HC 68.170/RS**, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, **no sentido de que** “*A inviolabilidade a que se refere o art. 133 da Constituição Federal, e que protege o Advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão, encontra seus limites na lei, conforme dispõe aquele mesmo preceito e, assim, se comete crime, por ele responde*” (grifei).

É de registrar, neste ponto, **com** JOSÉ AFONSO DA SILVA (“Curso de Direito Constitucional Positivo”, p. 504, 5ª ed., 1989, RT) – **e na linha** da orientação jurisprudencial **já firmada** por esta Corte –, que “*A inviolabilidade do Advogado, prevista no art. 133, não é absoluta*”, **eis que pressupõe** o exercício regular e legítimo de sua atividade profissional, **que se revela incompatível** com práticas abusivas **ou** atentatórias à dignidade da profissão **ou** às normas ético-jurídicas que lhe regem o exercício (HC 75.783/DF, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – HC 80.881/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – HC 82.190/RN, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.).

Cabe reconhecer que, no caso, atua, em favor do Advogado indicado pelo Relator, **se** configurada estivesse a prática de algum ilícito contra a honra, **a causa** de exclusão da delituosidade, **tal como prevista** no art. 142, inciso I, do Código Penal, **que consagra**, em favor desse profissional do Direito, **a cláusula de imunidade judiciária**.

É sempre importante lembrar que essa regra de proteção foi reafirmada pelo art. 7º, § 2º, do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), que estabeleceu, no tema, que o Advogado “tem imunidade profissional”, não constituindo injúria ou difamação qualquer pronunciamento de sua parte no exercício de sua atividade, valendo referir, no ponto, a precisa abordagem que faz, *dessa matéria*, GISELA GONDIN RAMOS (“Estatuto da Advocacia”, p. 144, 4ª ed., 2003, OAB/SC Editora), para quem “(...) o instituto da imunidade profissional do advogado retira do fato a característica de ilícito penal”.

Entendo, por isso mesmo, na linha de anteriores precedentes emanados desta Suprema Corte (HC 87.451/RS, Rel. Min. EROS GRAU – Inq 1.674/PA, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, *v.g.*), que a cláusula de imunidade judiciária prevista no art. 142, inciso I, do CP, relacionada à prática da Advocacia, reveste-se da maior relevância, ao assegurar ao Advogado a inviolabilidade por manifestações que haja exteriorizado no exercício da profissão, ainda que a suposta ofensa tenha sido proferida contra magistrado, desde que observado vínculo de pertinente causalidade com o contexto em que se desenvolveu determinado litígio (RT 612/347).

Essa percepção do tema – reconhecimento da imunidade profissional do Advogado, mesmo em face de suposto discurso contumelioso dirigido a magistrado – foi revelada, no sentido ora exposto, pela colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal, **em julgamento** proferido no exame do RHC 81.750/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, e reafirmado, posteriormente, em decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

“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 98.237/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Impende registrar, também, julgado que o E. Superior Tribunal de Justiça proferiu no exame do RHC 2.090/SP, Rel. Min. ASSIS TOLEDO, **no qual reconheceu a inviolabilidade profissional do Advogado** (**RSTJ 50/389**):

“ADVOGADO. INVOLABILIDADE (ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

Críticas severas ao juiz, em petição de ‘habeas corpus’ que atacava decreto de prisão preventiva, de três linhas, desfundamentado, reportando-se à ‘cota’ do Promotor.

Expressões que, **embora excessivas e desnecessárias, continham-se** nos limites da lei e da discussão da causa ante a existência de um despacho realmente lamentável, comodamente apoiado no parecer do Ministério Público, desprovido de fundamentação própria.

Incidência da inviolabilidade constitucionalmente assegurada ao advogado.

Recurso de ‘habeas corpus’ provido, **para conceder-se a ordem e trancar a ação penal por crime de injúria.**” (grifei)

Vale lembrar, neste ponto, por **inteiramente** aplicável ao caso ora em exame, **expressivo** fragmento de conhecida decisão, da lavra do saudoso Desembargador RAPHAEL MAGALHÃES, do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, **que bem destacou** “a ratio”

subjacente à imunidade profissional **concedida** aos Advogados em geral (RF 51/628):

“O advogado precisa da mais ampla liberdade de expressão para bem desempenhar o seu mandato. Os excessos de linguagem que porventura comete, na paixão do debate, lhe devem ser relevados. São, muitas vezes, recursos de defesa que a dificuldade da causa justifica ou, pelo menos, atenua. Mesmo no arrazoado escrito, onde tais demasias mais facilmente se podem evitar, a lei as não reputa passíveis de pena criminal (...)” (grifei)

Não constitui demasia assinalar que as prerrogativas profissionais dos Advogados representam emanções da própria Constituição da República, pois, embora explicitadas no Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), foram concebidas com o elevado propósito de viabilizar a defesa da integridade dos direitos fundamentais das pessoas em geral, tais como formulados e proclamados em nosso ordenamento constitucional. Compõem, por isso mesmo, considerada a finalidade que lhes dá sentido e razão de ser, o próprio estatuto constitucional das liberdades públicas.

Já escrevi, nesta Suprema Corte, que as prerrogativas profissionais não devem ser confundidas nem identificadas com meros privilégios de índole corporativa, pois se destinam, enquanto instrumentos vocacionados a preservar a atuação independente do Advogado, a conferir efetividade às franquias constitucionais invocadas em defesa daqueles cujos interesses lhe são confiados.

O Supremo Tribunal Federal, por isso mesmo, compreendendo a alta missão institucional que qualifica a atuação dos Advogados e tendo consciência de que as prerrogativas desses profissionais existem para permitir-lhes a tutela efetiva dos interesses e direitos de seus constituintes, construiu importante jurisprudência, que, ao destacar a vocação protetiva inerente à ação desses imprescindíveis operadores do Direito, tem a eles dispensado o amparo jurisdicional necessário ao

desempenho integral das atribuições de que se acham investidos.

Ninguém ignora – *mas é sempre importante renovar tal proclamação* – **que cabe ao Advogado, na prática do seu ofício, a prerrogativa** (que lhe é dada por força e autoridade da Constituição e das leis da República) **de velar pela intangibilidade dos direitos daquele** que o constituiu **como patrono** de sua defesa técnica, **competindo-lhe, por isso mesmo, para o fiel desempenho** do “munus” de que se acha incumbido, **o pleno** exercício dos **meios** destinados à realização **de seu legítimo** mandato profissional.

Esta Suprema Corte **já assinalou**, *com particular ênfase*, **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 o espaço institucional de sua atuação (Poder Legislativo, Poder Executivo **ou Poder Judiciário**), **ao Advogado** incumbe **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 cerceado, injustamente, na prática legítima** de atos **que visem a neutralizar** situações configuradoras de arbítrio estatal **ou** de desrespeito aos direitos daquele em cujo favor atua.

É por tal razão que o Supremo Tribunal Federal, *por mais de uma vez,* **já advertiu** que o Poder Judiciário **não pode permitir que se cale a voz do Advogado**, cuja atuação – *livre e independente* – há de ser

AP 470 / MG

permanentemente assegurada pelos juízes e Tribunais, **sob pena de subversão** das franquias democráticas **e de aniquilação** dos direitos do cidadão.

Não se pode tergiversar na defesa dos postulados do Estado Democrático de Direito **e** na sustentação da autoridade normativa da Constituição da República, **eis que nada pode justificar** o desprezo pelos princípios que regem, em nosso sistema político, as relações **entre** o poder do Estado **e** os direitos do cidadão – **de qualquer** cidadão.

O respeito às prerrogativas profissionais do Advogado **constitui** uma garantia **da própria** sociedade e das pessoas em geral, **porque o Advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial** na proteção e defesa dos direitos e garantias fundamentais.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência está sufragando, portanto, o voto?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Estou **acompanhando**, Senhor Presidente, **a divergência** instaurada pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, **Revisor** da presente causa. **No entanto, tenho mais a dizer, pois não me preocupa a angústia do tempo, considerados os aspectos sensíveis suscitados** pelo exame das prerrogativas profissionais dos Advogados.

Tenho para mim que a análise dos dados expostos **não permite** que se infira, **das expressões utilizadas pelo Advogado, a configuração, na espécie, do “animus injuriandi vel diffamandi”**.

Não se pode desconsiderar, no exame dessa questão, um fundamento jurídico relevante **que tem suporte** nas denominadas **excludentes anímicas,** **eis que a caracterização** dos crimes contra a honra **exige,** dentre **outros** elementos, **a inequívoca intenção dolosa** de ofender, **moralmente,** a honra da

AP 470 / MG

vítima, conforme já decidiu este Supremo Tribunal Federal (RTJ 168/498 – RT 612/395).

Na realidade, a inexistência do elemento subjetivo pertinente aos delitos contra a honra (“*animus injuriandi vel diffamandi*”) afasta a própria caracterização formal dessa espécie de ilícito penal, que exige, sempre, a presença do dolo específico, sem o qual não se aperfeiçoa a figura delituosa em questão.

É por essa razão que autores como NELSON HUNGRIA (“*Comentários ao Código Penal*”, vol. VI/50, item n. 125, 5ª ed./1ª tir., 1982, Forense), MAGALHÃES NORONHA (“*Direito Penal*”, vol. 2/121, item 347, 22ª ed., 1987, Saraiva), DAMÁSIO E. DE JESUS (“*Código Penal Anotado*”, p. 406, 4ª ed., 1994, Saraiva) e HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (“*Lições de Direito Penal – Parte Especial – arts. 121 a 160 CP*”, p. 190/191, item n. 182, 6ª ed., 1981, Forense), ao analisarem o tipo subjetivo nos crimes contra a honra, exigem, sempre, como elemento essencial à caracterização de tais delitos, o propósito de ofender.

A intenção de ofender, desse modo, constitui um dos “*essentialia delicti*”. Sem o propósito deliberado de ofender – que traduz elemento subjetivo do tipo penal –, não se realizam os crimes contra a honra.

Nesse contexto, as denominadas *excludentes anímicas* (entre as quais, o “*animus defendendi*”) desempenham papel de grande relevo jurídico-penal, por implicarem descaracterização do elemento subjetivo dos crimes contra a honra. Tal circunstância afasta a ocorrência dos delitos contra a honra, nos quais o dolo jamais resulta “*da própria expressão objetivamente ofensiva*”, eis que, nesse tema, não sendo de cogitar do dolo “*in re ipsa*”, não há como simplesmente presumi-lo (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, “*op. loc. cit.*”).

Cumpr ressaltar, por oportuno e relevante, que o Supremo Tribunal Federal, revelando essa **mesma percepção a respeito do tema, **já reconheceu** que as referidas *excludentes anímicas*, **quando presentes** no discurso **aleadamente** ofensivo, **descaracterizam** a **própria delituosidade** do comportamento dos agentes:**

“- **Nos delitos** de calúnia, difamação e injúria, **não se pode prescindir**, para efeito de seu formal reconhecimento, da vontade deliberada e positiva do agente de vulnerar a honra alheia. **Doutrina e jurisprudência.**

- **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. **Precedentes.**”

(**RTJ 168/498**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A jurisprudência dos Tribunais **tem ressaltado**, a partir do magistério expendido pela doutrina (JULIO FABBRINI MIRABETE, “**Manual de Direito Penal**”, vol. 2/141 e 148, 7ª ed., 1993, Atlas; DAMÁSIO E. DE JESUS, “**Código Penal Anotado**”, p. 401 e 411, 4ª ed., 1994, Saraiva; EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, “**Direito Penal – Crimes contra a Pessoa**”, p. 239, 2ª ed., 1973, RT, dentre outros), **que as expressões** supostamente contumeliosas, **quando proferidas** em momento de exaltação **ou** no calor de uma discussão, **bem assim no exercício**, pelo agente (que pode ser *eventualmente* um Advogado), **do direito de crítica ou de censura profissional**, ainda que veemente, **atuam como fatores de descaracterização do elemento subjetivo peculiar** aos tipos penais definidores dos crimes contra a honra (**RT 481/307 – RT 525/391 – RT 544/381**).

A **leitura** do texto **atribuído** ao Advogado em questão **autoriza-me a não** vislumbrar existente **qualquer** eiva de ilicitude em sua conduta profissional.

AP 470 / MG

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Porque eu não li a totalidade do texto, Ministro. Eu não li.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Mas eu o li, Senhor Relator.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Vossa Excelência leu a petição?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim, pois Vossa Excelência teve a gentileza de nos enviar uma cópia.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não, Vossa Excelência leu um trecho que eu, por pudor, resolvi transcrever no meu voto. Por pudor, Ministro. Eu não quis transcrever e expor, ao Supremo Tribunal Federal, a integralidade das ofensas. Só isso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Talvez Vossa Excelência devesse ter procedido a essa transcrição. Mesmo assim, eu continuaria a manter a mesma posição que venho de expor, pois, *reafirmo*, li a petição.

E por haver lido essa petição *é que entendo inadmissível* pretender expor o Advogado em referência *à jurisdição censória* de sua própria corporação profissional, **sob pena** de restar caracterizada uma *indevida interferência* no exercício legítimo da Advocacia.

Ressalto, *no entanto*, a absoluta isenção e a total imparcialidade com que o eminente Relator tem atuado neste procedimento penal.

Por tal razão, Senhor Presidente, *peço vênias* para acompanhar o dissenso iniciado pelo eminente Revisor, Ministro RICARDO

AP 470 / MG

LEWANDOWSKI, **recusando a expedição** de ofício à OAB, para fins de eventual ação disciplinar contra o Advogado em questão.

*De outro lado, parece-me consumada a preclusão temporal da faculdade de opor exceção de suspeição, **considerada** a disciplina ritual, que lhe é própria, estabelecida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas não houve articulação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Se não houve, mostra-se inviável...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não houve; portanto, era uma agressão gratuita, já que desprovida de qualquer efeito processual.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O magistrado **dispõe** do poder de mandar riscar, **até mesmo** “*ex officio*”, expressões que considere inadequadas **ou** incompatíveis com o “*usus fori*”, quando empregadas nos escritos apresentados no processo, **haja, ou não**, intuito de ofender. **Trata-se** de medida fundada no art. 15 do CPC, **aplicável, por analogia**, ao processo penal, **por efeito** do que dispõe o art. 3º do CPP.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Pois eu proponho, sim, Senhor Presidente, que se risque a integralidade da petição desse Advogado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E precisamos conhecer as expressões. Complica-se a solução do caso.

AP 470 / MG

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - A matéria já está em fase final de votação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Limito-me, Senhor Presidente, **a rejeitar a proposta** de encaminhamento de ofício à OAB, **pois entendo inadmissível** cercear o exercício legítimo do Advogado no desempenho do mandato judicial que lhe foi conferido por seu cliente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nós já manifestamos solidariedade ao Relator. Acredito, também, que essa imunidade não é indenidade. Mas, no caso específico, Presidente, acho que se entendeu que a própria Ordem dos Advogados poderá tomar as providências, se for o caso.