



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 26173

QUEIXA-CRIME Nº 0108987-19.2012.8.26.0000

COMARCA: SÃO PAULO

QUERELANTE: CASSIANO RICARDO ZORZI ROCHA

QUERELADO: MARCOS HIDEKI IHARA

Crimes contra a honra imputados ao Promotor de Justiça (hoje Procurador) que, fora do exercício funcional, denuncia juiz de direito por atividades *contra legem* na organização de pauta de sessões de júris e de nomeação de advogados conveniados para defesa de réus sem patronos constituídos, afirmando que assim procedeu para favorecer sua namorada ou convivente (Promotora de Justiça). Análise superficial que justifica a procedibilidade, apesar do parecer contrário da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, pela subsunção de dois dos fatos na figura do art. 138, do CP, em virtude de que, em tese, o increpador atribuiu ao queixoso, presumidamente cômico da falsidade das suas acusações, crime de prevaricação (art. 319, do CP). Queixa recebida, em parte, abrindo-se prazo para defesa, rejeitada a proposta de extinção por suposta renúncia tácita.

Vistos.

O querelante (Dr. Cassiano Ricardo Zorzi Rocha) é Juiz de Direito e atuou como Juiz da Vara do V Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo e hoje trabalha como Juiz Substituto de Segundo Grau na 8ª Câmara Criminal. Peticionou no sentido de instaurar ação penal privada contra o Dr. Marcos Hideki Ihara, então Promotor de Justiça e atualmente Procurador de Justiça.

Antes de relatar os acontecimentos que colocaram as duas autoridades em confronto na seara criminal, é obrigatório informar que o querelado (Dr. Marcos) é casado com a Juíza, Dra. Suzana Jorge de Mattia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ihara, que, em época contemporânea ao fato dito como delituoso, atuou como Juíza Auxiliar ou designada na unidade citada (Vara do V Tribunal do Júri). Por outro lado, como citado e não impugnado, o querelante (Dr. Cassiano) iniciou um namoro ou convive em união estável com a Dra. Mildred de Assis Gonçalves, Promotora de Justiça designada para atuar na Vara do V Tribunal do Júri.

No dia 25.11.2011 (fls. 37), o Dr. Marcos Hideki Ihara, subscreveu uma carta ao Advogado encarregado da defesa de Gil Greco Rugai, denunciado por homicídio, relatando situações que interessariam ao julgamento criminal do citado réu e que, no entender do querelante, configuram crimes de calúnia (três) e difamação. Enviou a mesma carta ao Desembargador Corregedor Geral de Justiça do Estado de São Paulo, o que permitiu a abertura de um expediente (posteriormente arquivado sem anotações no prontuário do Magistrado). A Defesa de Gil Rugai pretendeu o sobrestamento da ação penal diante dos fatos recepcionados e não obteve sucesso (fls. 36 e 68).

A primeira calúnia, segundo o libelo, consistiu em denunciar que o querelante, como ex-juiz e sem poder ativo, ainda assim atuou na direção dos trabalhos da Vara e organizou a pauta de maneira a enxugar os julgamentos, espaçando as datas das reuniões de jurados, com o propósito de ou diminuir o número de casos julgados para causar boa impressão numérica de sua gestão em sendo comparada com o seu sucessor ou para atenuar (deixar mais tranquila) a carga de trabalho da sua namorada (ou convivente), Dra. Mildred de Assis Gonzales. O querelante foi designado para auxiliar na 8ª Câmara Criminal e somente em 20.10.2011 foi removido para o cargo de Juiz Substituto de Segundo Grau (fls. 99), sendo que foram explicadas para a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Corregedoria Geral de Justiça as razões da organização da pauta, o que fez o querelante entender que:

“ao atribuir ao funcionário público – o Juiz que era e é o Querelante – a prática de retardar ou deixar de praticar ato de ofício – as sessões de julgamento naquele Tribunal do Júri – para satisfazer interesse pessoal – “impedir comparações” com a época de sua responsabilidade ou “tornar mais tranquila a atividade de sua mulher” -, nos próprios termos do Querelado, caracteriza-se, na imputação de sua criminosa lavra, a conduta da prevaricação, tipificada no artigo 319, do Código Penal”.

A inicial descreve a **segunda calúnia** como sendo a parte da carta do Procurador em que são elaborados comentários sobre a indicação de Advogado dativo para réus em processos do júri, sendo que o missivista declara que o Juiz Cassiano agiu para impedir a nomeação de advogados credenciados pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e, ao elucubrar sobre essa intervenção, afirma que não fora eventual atrito com o IDDD, o juiz trabalhou para impedir a atuação de tais advogados para proteger sua mulher (ou convivente), a Promotora dos Júris, Dra. Mildred de Assis Gonzales, evitando que ela atuasse com advogados mais bem preparados para a defesa. O querelante explica as razões que conduziram a não aceitar as nomeações do IDDD e cita a Constituição do Estado (art. 109) e o art. 234, da LC Estadual 988/2006, para justificar que somente advogados inscritos no convênio da Defensoria Pública e OAB poderiam ser admitidos como defensores de réus sem patronos, fato que foi amplamente divulgado e comunicado. Resulta que:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“ao afirmar que o Querelante, em sua condição de Juiz e, portanto, funcionário público, praticara ato de ofício contra disposição de lei (a Lei Complementar nº 988/2006, como se vê de sua declaração) para satisfazer seu pessoal interesse de “proteger sua mulher”, evitando que a mesma tivesse de enfrentar defensores “melhor preparados”, o Querelado, mais uma vez, imputa àquele a prática de prevaricação e, com isso, o calunia, Excelências”.

A **terceira calúnia** estaria ligada a um inquérito que a Dra. Mildred retirou do cartório para exame, o que contraria as regras do CPP, sendo que foi emitida ordem (inclusive pela esposa do querelado, Dra. Suzana) para que isso não mais ocorresse. O subscritor da carta denúncia disse que o querelante desautorizou essa ordem e liberou a carga para a Promotora, sua namorada ou convivente, com o intuito de beneficiá-la. A inicial estabelece que:

“ao atribuir ao Querelante, Juiz e, portanto, funcionário público, a prática de ato de ofício ilegal – determinar aos serventuários o descumprimento de “normas expressas”, nos seus próprios termos – para “beneficiar, diretamente, sua mulher”, satisfazendo-se assim, o Querelado, pela terceira vez, delinea na atuação que atribui àquele o delito do artigo 319, do Estatuto Penal”.

A **difamação**, pela inicial, aconteceu na parte em que o denunciante atribuiu ao Juiz a responsabilidade pelo fim da designação de sua esposa, a Juíza Dra. Suzana, na Vara do V Tribunal do Júri, porque ela “nunca atuou beneficiando uma ou outra parte, mas apenas em obediências às normas”. Para o querelante essa afirmativa agride a sua reputação, porque sugere sua cumplicidade com a fraude, ou seja, desligar juízes corretos e cumpridores das normas, quando (confessa o querelante) não abonou o nome



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da esposa do Procurador por reclamações de falta de urbanidade com Advogados e Promotores.

O querelado apresentou resposta e não foi possível que os interessados se acertassem, apesar de ter sido designada audiência para essa finalidade. A defesa está centrada na ausência de tipicidade e pela excludente da liberdade de expressão. O requerido afirma que exerceu direito de petição e explica que encaminhou a mesma comunicação que fez ao Advogado de Gil Rugai ao Desembargador Corregedor Geral de Justiça, sendo de acrescentar ter o Eminentíssimo Desembargador Renato Nalini arquivado a representação por decisão de 30.3.2012 (fls. 97). O querelado insiste em atribuir ao querelante atos ilegais e abusivos quando atuou no Tribunal do Júri, tanto no que diz respeito ao agendamento de sessões, como da nomeação de advogados e de carga livre para a Promotora. Nega tenha atribuído algum fato falso sabendo ser criminoso e não admite intenção de difamar o querelante.

A ilustrada Procuradoria Geral de Justiça emitiu um longo e cuidadoso parecer (assinaturas dos Drs. Edward Ferreira Filho, como Promotor de Justiça Assessor e Gilberto de Angelis, como Procurador de Justiça) propondo o arquivamento com apoio no art. 395, I e III, do CPP.

É o relatório.

Foi rejeitada por expressiva maioria a proposta formulada pelo Desembargador Xavier de Aquino e que, em síntese, considerava hipótese de renúncia tácita, por não ter o querelante promovido a queixa contra a esposa do querelado (art. 49, do CPP). A rejeição se deu porque não há concurso de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

agentes, sendo que a esposa do querelado não subscreveu o libelo dito como calunioso e não há elemento objetivo que indique sua participação efetiva para que as palavras fossem inseridas na carta denúncia. Essa certeza impede que se considere rompido o princípio da indivisibilidade da ação penal, anotando-se que se o querelante incluísse a Dra. Suzana na queixa, aí sim seria caso de inépcia.

Prevaleceu, apesar dos excelentes votos divergentes e dos debates construtivos da sessão de conferência, a proposição de recebimento, em parte, da queixa.

Iniciou SERRANO NEVES a sua obra clássica (*Imunidade penal – Libertas Conviciandi*, Editora Alba, RJ, 1967, proêmio), com a seguinte afirmação: **“O fóro – dizia Cícero – é um viveiro de honras. Mas também é – ousamos acrescentar – uma complicada cozinha de melindres, maledicências e incompreensões”**.

Ao apresentar a tese de doutoramento na Faculdade de Direito de Recife, RUY DA COSTA ANTUNES identificou que o “caráter da imputação” distinguia a natureza jurídica dos crimes contra a honra, anotando (*Direito penal da imprensa*, Recife, 1954, p. 137): “Na calúnia, a imputação deve ser falsa e de fato previsto como crime pela lei. Na difamação, a ofensa irrogada não atribuindo ao sujeito passivo a prática de um crime, aludirá contudo, a fato determinado e idôneo a lesar a reputação do sujeito passivo, isto é, a acarretar-lhe a desestima ou reprovação do círculo social em que vive. Enfim, na injúria, a imputação será de qualidades aviltantes, que impliquem num ataque à dignidade ou ao decoro do ofendido (honra subjetiva)”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Órgão Especial está encarregado de emitir um juízo prévio de admissibilidade da queixa e, nesse instante, de boa ordem relembrar a preciosa lição de NELSON HUNGRIA (“O dolo nos crimes contra a honra”, in *Novas Questões Jurídico-Penais*, Editora Nacional de Direito, RJ, 1945, p. 294):

“Como já dissemos, o dolo é a vontade conscientemente dirigida a um resultado antijurídico. Este, nos crimes de que se trata, é a ofensa à honra alheia, e se o agente quis tal resultado, o dolo subsiste, por mais louvável que tenham sido os seus motivos impelentes.

*Como em qualquer outro crime, porém, o dolo, na espécie, é excluído quando inexistente a consciência da injuricidade, a consciência de incidir no juízo de reprovação que lastreia o preceito penal. Pode acontecer que, ao proferir a palavra injuriosa, ao fazer o gesto insultante ou ao enunciar o fato difamatório, não tenha o agente o fim de ofender a honorabilidade alheia, isto é, o fim que integra, juridicamente, o dolo distintivo dos crimes contra a honra. Segundo justamente observa **Paoli**, é preciso não confundir o fim **ideológico** (motivo determinante) com o fim **jurídico** (compreendido no dolo específico).*

*Vem a balha, aqui, a teoria dos **animi**, que, por tradição que remonta ao direito romano, se consideram excludentes do **animus injuriandi vel diffamandi**. São eles os seguintes, na conformidade da doutrina e da jurisprudência: **animus jocandi, animus consulendi, animus corrigendi (instruendi, docendi, emendandi), animus narrandi, animus defendendi**.*

*Entendem alguns autores que, de tais **animi**, somente são atendíveis os que correspondem a autênticos direitos ou interesses juridicamente protegidos. A conceituação deles como causas excludentes do dolo não passaria, segundo a opinião de **Manzini**, de “**un isuperabile esempio di empirismo e di aberrazione giuridica**”.*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Outros autores, conciliatoriamente, opinam que se trata de causas excludentes, ora da injuricidade objetiva, ora do dolo.

*Nenhum desses pontos de vista, porém, é aceitável. Não há jamais o **direito** de ofender a honra. É verdade que, em casos excepcionais, a lei tolera uma certa liberdade de ataque, de censura ou de crítica (imunidade judiciária, imunidade de informações oficiais, imunidade de apreciação de obras artísticas, literárias ou científicas) e declara expressamente a impunibilidade; mas não se segue daí que seja conferido o **direito** de difamar ou injuriar. Em qualquer desses casos, se o agente revela o exclusivo fim perverso de ofender, ultrapassando os limites da estrita **utilidade** que ditou a isenção penal, já não será merecedor desta. O contrário valeria pelo contrassenso de uma legalização do crime. Nos casos em questão, a lei não faz mais, afinal de contas, do que destacar hipóteses de neutralização do **animus injuriandi vel diffamandi por outros animi (defendendi, consulendi, corrigendi)**”.*

Admite-se não existir base para procedibilidade de ação penal privada por **crime de difamação** (art. 139, do CP). O texto legal diz: “Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação” e não há, no fragmento da carta dedicado a criticar a forma do desligamento da Juíza, Dra. Suzana, da Vara do V Tribunal do Júri, uma mensagem direta que possa caracterizar discurso depreciativo ao conceito do magistrado. NELSON HUNGRIA denomina de “fato determinante e idôneo a lesar a reputação do sujeito passivo” (*Comentários ao Código Penal*, 4ª edição, Forense, vol. VI, p. 86) um dos requisitos do crime de difamação e o querelado nega que tenha, quando realçou as qualidades de sua esposa como juíza do Júri, sugerido que a saída dela coincide com a vontade do querelante em reunir juízes frouxos, submissos ou que atuem de maneira a violar as prerrogativas funcionais.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A carta do querelado é, nesse aspecto **da difamação** e em todas as linhas, o retrato de uma infeliz iniciativa que não encontra condescendência nem mesmo pelo amor conjugal, revelando a imaturidade do subscritor em lançar imprudentes ilações. Contudo e respeitando o sentimento do querelante em se sentir ultrajado por eventual intenção oculta do denunciador, a tese de que o escrito, nesse particular, acusa o juiz de formação de equipe fajuta para o trabalho, decorre de um raciocínio engenhoso e sem estrutura na transparência do texto reputado de difamador. Não há, aí, justa causa para o prosseguimento e convém, desde logo, arquivar (art. 395, III, do CPP).

O fato capitulado como sendo a **terceira calúnia** e que envolve matéria relacionada com carga de inquérito policial para exame da Promotora, Dra. Mildre de Assis Gonzales, não é suficiente para a persecução criminal. É de se entender, na óptica do libelo, que o crime falsamente imputado ao juiz seria o de prevaricação (art. 319, do CP) e, examinados os fatos, não há como inserir nesse tipo o episódio relacionado com liberação de carga para a Promotora, ainda que isso possa contrariar ordens expressas de outros juízes (como a que teria sido emitida pela esposa do querelado), porque o ato de franquear acesso dos autos, nesse caso, não contraria a lei ou ao interesse público, sendo salutar que o Ministério Público examine os elementos do inquérito ou da ação penal para exercício das funções previstas no art. 129, I, da Constituição Federal. Não existe como qualificar a conduta do juiz como ato *contra legem* para satisfazer sentimento pessoal e, nesse caso, a queixa é inepta (art. 395, I, do CPP).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No entanto e particularmente em relação aos eventos catalogados como **primeira calúnia e segunda calúnia**, os fatos ensejam abertura do expediente criminal.

Segundo o art. 138, do CP, é crime “caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime” e estamos, aqui, analisando a viabilidade de ser aceita uma proposição de pessoa que se sente ofendida pela carta que o Procurador enviou ao Advogado de Gil Rugai e ao digno Desembargador Corregedor Geral de Justiça. Não há como afirmar (análise da **primeira calúnia**), nesse instante, que o Procurador não possuísse ciência ou conhecimento de que a convocação do querelante não o afastou da unidade pela qual respondia e para a qual retornaria quando cessasse a convocação para jurisdição excepcional em Segundo Grau, o que permite dizer que existem evidências de ter o querelado imputado, na carta, fato falso ao querelante, ou seja, de que ele dispôs sobre a pauta de julgamentos, apesar de não deter jurisdição para tal.

Estamos, é bom sempre enfatizar, no campo das viabilidades jurídicas e nesse ambiente não há espaço para conclusões definitivas ou formação de juízos. O que interessa saber é se existe plausibilidade na imputação, sendo possível afirmar, partindo do pressuposto de que o Procurador sabia que a organização das sessões e espaçamentos cronológicos competia ao querelante, que não se permitia afirmar que a ilegalidade foi praticada por ele para facilitar a vida da Promotora, Dra. Mildre, porque está afirmando que o juiz incidiu, em tese, no crime do art. 319, do CP.

É preciso prosseguir e verificar bem se existe o que a doutrina consigna como erro invencível ou *fides veri* (verdade putativa) na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

afirmativa do increpador, porque a companhia diuturna de sua esposa, Dra. Suzana, permite supor que dialogavam sobre assuntos do interesse da Vara, o que certamente o abasteceu de informações de que o juiz designado não se afasta da Vara, competindo-lhe as instruções sobre matérias que digam respeito à funcionalidade. Cabe excluir do âmbito da persecução a infantil colocação de que o juiz agiu assim para colocar o sucessor em posição desfavorável na suposta comparação de forma de trabalho e produção, porque é muito ficcional ou de uma fantasia que extrapola os limites da investigação criminal. Contudo e afirmar que o juiz mexeu na agenda para que sua namorada (ou convivente) tivesse folga no trabalho de Promotora, não parece coisa supérflua ou destituída de carga potencialmente nociva aos atributos da honra.

Tangente ao que se articulou como **segunda calúnia**, também há substrato para o prosseguimento. O acusador afirmou que o juiz fez ingerências, nos autos e extrajudicialmente, para impedir que Advogados indicados pelo IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa) atuassem nos casos de réus sem patronos constituídos, de forma intencional ou deliberada, isto é, para evitar que esses advogados credenciados pelo IDDD laborassem em confronto com a namorada ou convivente do Juiz, a Promotora, Dra. Mildred. O querelado deveria saber que o fato imputado é falso, na medida em que o juiz agiu na observância de dispositivos legais que não abonam a indicação de outros convênios para substituição dos defensores públicos, ainda que respeitabilíssimos, como o IDDD, porque a regra é preservar a capacitação da Defensoria Pública e seus autorizados por convênio, como era praxe e está fartamente documentado nos autos. Ainda que isso seja passível de discutir (e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4163 prova isso), o fato é que o querelado sabia que o juiz agiu em interpretação da norma e não *contra legem*, inclusive porque existe convênio no Estado de São Paulo. O Procurador é



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

especialista em Direito e não poderia ignorar que não se recusa uma indicação sem apoio em precedentes e diretrizes legais, de modo que ao dizer que o juiz agiu nos bastidores para eliminar a indicação do IDDD, imputou fato falso e que, em tese, caracteriza crime (art. 319, do CP), porque o juiz teria agido para atender propósitos da namorada ou convivente (Promotora, Dra. Mildre) que, com isso, evitaria confronto com advogados qualificados na tribuna do Júri.

É prematuro aplicar a exceção conhecida como *libertas convicii* ou liberdade de censura pública, competindo permitir que o acusado faça prova da verdade dos fatos denunciados, sabido que a falsidade da imputação “é dentre todos os elementos mencionados como substanciais da calúnia, aquele que lhe constitui toda a essência. O querelante, no caso da calúnia, é paciente da acusação de um crime e, conforme princípio dominante na ciência do direito, ninguém é obrigado a provar a própria inocência; - esta se presume sempre, até prova em contrário. Portanto, na calúnia, incumbe ao agente, querelado, provar a verdade da imputação” (CAMPOS MAIA, *Delictos da linguagem contra a honra*, Saraiva, 1929, p. 119, § 215).

A doutrina enfatiza que o crime contra a honra se consuma quando o agente tem plena consciência da idoneidade ofensiva à honra alheia do gesto ou de palavras (EUCLIDES CUSTÓDIO SILVEIRA, *Direito Penal*, Max Limonad, 1959, p. 249) e convém permitir a instrução para aferir, diante de um amplo contraditório, o sentido que o acusado pretendeu dar ao conteúdo da carta encaminhada ao Advogado de Gil Rugai e à Corregedoria Geral de Justiça. Não se está aqui presumindo o *animus calumniandi*, mas, sim, facultar que o querelado explique a intenção do escrito diante das particularidades e dos motivos que inspiram aquelas frases, coisa que permanece indecifrável diante dos elementos até aqui coletados.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por isso, rejeitada a preliminar de extinção por suposta renúncia tácita e recebe-se a queixa, no que diz respeito aos crimes de calúnia (os dois fatos colocados como primeira calúnia e segunda calúnia), na forma do art. 138, do CP, duas vezes, rejeitando-a por falta de justa causa quanto ao crime de difamação e por inépcia sobre a terceira calúnia, determinando a citação do requerido para apresentação de defesa, no prazo de 10 dias (art. 396, do CPP).

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI
Relator