

**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SERGIPE**

Turma Recursal do Estado de Sergipe

Acórdão nº: 5450/2013
Juiz(a) Relator(a): Helio de Figueiredo Mesquita Neto (Relator Originário) - 1º Suplente de Maria de Fátima Ferreira de Barros
Juiz(a) Membro: Maria Angélica França e Souza
Juiz(a) Membro: José Anselmo de Oliveira (Relator Designado) - 1º Suplente de Brígida Declerc Fink

Nº do Processo: 201301008618
Classe: Recurso de Apelação
Assuntos: DIREITO PENAL - Crimes contra a Honra - Difamação
DIREITO PENAL - Crimes contra a Honra - Injúria
DIREITO PENAL - Parte Geral - Tipicidade

Data de Distribuição: 28/08/2013
Processo Origem: 201245102580
Procedência: JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE ARACAJU

Recorrente: JOSE CRISTIAN GOES
Advogado: ANTONIO RODRIGO MACHADO DE SOUZA
Recorrido: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

E M E N T A

APELAÇÃO – INJÚRIA – PRELIMINARES DE violação do princípio do juiz natural, da identidade física do juiz E NULIDADE DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA POR PREJULGAMENTO DA CAUSA – PRELIMINARES REJEITADAS – INOCORRÊNCIA DE NULIDADE - SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Juízes de Direito integrantes da Turma Recursal dos Juizados Especiais de Sergipe, **à unanimidade**, em conhecer do recurso interposto, por cabível e tempestivo, mas, **por maioria**, lhe **NEGAR PROVIMENTO**, nos termos do voto do Relator designado.

Aracaju, 22 de Outubro de 2013.

Helio de Figueiredo Mesquita Neto
Juiz(a) Relator(a) Originário(a) - 1º Suplente de Maria de Fátima Ferreira de Barros

Maria Angélica França e Souza
Juiz(a) Membro

José Anselmo de Oliveira
Juiz(a) Relator(a) Designado(a) - 1º Suplente de Brígida Declerc Fink

VOTO

O(a) Senhor(a) Juiz(a) Helio de Figueiredo Mesquita Neto:

Em primeiro lugar, indefiro o requerimento de adiamento positivado em 21/10/2013, pois apenas um dos vários advogados do apelante está enfermo.

Enfermando a primeira questão preliminar, compreendo que não houve violação do princípio do juiz natural ou da identidade física do juiz, pois a magistrada titular do juizado de origem estava convocada para atuar na Turma Recursal no mês de julho de 2013, quando a sentença foi proferida pelo magistrado que a substituiu.

Irregularidade, portanto, não há, razão pela qual rejeito a preliminar.

A suscitação de nulidade da decisão que recebeu a denúncia, entretanto, merece acolhimento.

Vale salientar, inclusive, que no procedimento sumaríssimo do juizado especial criminal não há recurso cabível contra o recebimento da inicial acusatória e, portanto, não há preclusão até a primeira oportunidade que a parte tem para se manifestar.

Nesse particular, o acusado positivou a suscitação da nulidade nas alegações finais, que fora rechaçada na sentença, e a revigorou na apelação. Está claro, assim, que preclusão não há.

Voltando a análise da decisão de recebimento da denúncia, identifico nela indevida deliberação antecipada do juizado de origem sobre o mérito da persecução penal.

E não estou aqui a defender a ausência de fundamentação nas decisões de recebimento de denúncia. A fundamentação é obrigatória, e a exigência está no art. 93, IX, da CF, mas ela deve ser sucinta,

contida, singela mesmo, para se evitar um julgamento antecipado da lide em desfavor do acusado, expediente totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito e com o sistema processual penal acusatório.

O fato é que, no juízo de prelibação, a magistrada da origem fincou entendimento sobre aspectos da demanda que, desbordando do mínimo essencial para aquele momento, terminou por emitir verdadeiro prejulgamento da causa.

Houve, inclusive, o encadeamento do texto indicado na denúncia com um outro que nela, inicial acusatória, o MP sequer faz menção.

Transcrevo trechos bastante claros:

“Com a denúncia, foi juntada cópia de outro texto publicado pelo denunciado no mesmo site e em seu blog, sob o título de “Para que serve um cunhado?”. O texto foi publicado no dia 23/03/2009 e a partir do sétimo parágrafo, o denunciado refere claramente ao Desembargador do TJ/SE Edson Ulisses como cunhado do governador Marcelo Déda e diz que o mesmo “julgou ilegal a greve dos professores da rede estadual”, referindo-se a uma decisão do desembargador/vítima quando da ação proposta pelo Governador do Estado contra a greve dos professores.

O texto, então, nos parágrafos seguintes faz referências a nomeação do desembargador, a nepotismo, como também a postura do também desembargador Cláudio Déda.

O texto “Para que serve um cunhado?”, antes mencionado foi publicado três anos antes do ora combatido “Eu, o coronel em mim” e, portanto, de conhecimento de todos. A denúncia não está a tratar de um texto tido como “ficcional”, produzido isoladamente. É, antes de mais nada, conforme se pode observar, a sequência do texto produzido anteriormente. Por isso, não basta rotular ou qualificar um texto como uma narração ficcional quando do conteúdo do mesmo pode-se verificar o contrário.

Ao lermos a “narrativa” Eu, o coronel em mim, podemos fazer a associação ao Governador do Estado e ao Desembargador Edson Ulisses, que é cunhado do governador Marcelo Déda.

Daí que, ao contrário do que aduz a defesa, o texto possui atores definidos e identificados, assim como narra o desenvolvimento de ações identificáveis, produzindo uma mensagem real.

Extremamente oportuno trazer trecho do julgamento do AI 819579/SE do STF, da lavra do Min. Dias Toffoli de 26/02/2013, que transcreve parte do acórdão da Turma recursal deste Estado, e que inclusive esta magistrada compôs a Turma que assim julgou.: “... Quanto ao fato de não ter citado nomes na notícia, não é necessário expressamente escrever o nome de alguém para se saber que se refere a ela. Muitas vezes as características descritas são suficientes para identificar o destinatário das palavras ofensivas...”.”.

Está claro para mim que a eminente magistrada deliberou sobre aspectos sensíveis do mérito quando recebeu a denúncia, antecipando juízo que só caberia na prolação de um decreto condenatório.

Além de estabelecer conexão entre outro texto de autoria do acusado que não foi objeto da denúncia, em notável incursão na atribuição do MP, concluiu que houve narrativa de ações reais imputadas ao Governador do Estado e ao suposto ofendido.

Com isso, a persecução penal em juízo se iniciou enviesada, colocando o acusado em nítida posição de desvantagem processual, com prejuízo evidente a sua defesa e influência clara na decisão da causa.

Basta consultar a sentença condenatória para nela encontrar trechos muito similares aos da decisão de recebimento da denúncia, alguns por pouco não constituem verdadeiras transcrições. Vejamos:

“Da leitura da narrativa “Eu, o coronel em mim, é possível que se faça a associação entre o Governador do Estado de Sergipe e seu cunhado, o Desembargador Edson Ulisses, tendo este sido tratado como “jagunço das leis.

...

Logo, não é preciso nem muito esforço interpretativo para chegar-se à conclusão de que os personagens equivalem ao governador do Estado e seu cunhado Desembargador.

...

A leitura em conjunto dos textos apenas serve como uma das provas para convencimento deste Juízo acerca da identificação dos personagens tratados como o coronel e o seu cunhado jagunço das leis.”.

Trago pertinente lição dos processualistas Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (*in* As nulidades no processo penal, RT, 7ª edição, revista e atualizada, São Paulo, 2001):

“Os diversos atos do procedimento visam, em última análise, à preparação do pronunciamento jurisdicional final; suas formalidades são estabelecidas com vistas à boa qualidade da decisão a ser proferida, que só pode resultar de um processo desenvolvido com obediência às regras do “devido processo legal”; por isso mesmo, dentre os requisitos fundamentais para que se atinja essa virtude está a participação dos interessados no futuro provimento, através do contraditório.

O prejuízo que autoriza o reconhecimento da nulidade do ato processual imperfeito pode ser visto sob um duplo aspecto: de um lado, o dano para a garantia do contraditório, assegurada pela Constituição; sob outra ótica, o comprometimento da correção da sentença.”.

E houve na hipótese dupla afetação, dificultando sobremaneira a defesa do acusado, premido que esteve pela ampliação repentina da carga acusatória, e comprometendo drasticamente a sentença, contaminada que foi pelas razões declinadas na decisão primeira.

A declaração da nulidade, portanto, é a medida que se impõe.

Expostas as razões, com base nos arts. 566 e 573, §2º, do CPP, declaro a nulidade da decisão de recebimento da denúncia e de todos os atos processuais subsequentes, inclusive da sentença, e ordeno o retorno dos autos ao juizado de origem para a retomada do procedimento, com a deliberação sobre a admissibilidade da acusação.

Superada as preliminares enfrentadas, outra há que merece prosperar.

Isto porque a colheita do depoimento da testemunha Marcelo Déda Chagas, arrolada pelo acusado, fora indeferida ao argumento de impertinência e com a justificativa de que se estaria a preservar a sua honra.

Ocorre que a pessoa indicada como testemunha é exatamente a outra que se supõe atingida pelo conteúdo do texto transcrito na denúncia. Ou seja, a pertinência com a persecução instaurada é incontrastável.

Justo por isso, o depoimento dela poderia trazer aos autos revelações úteis, inclusive em favor da defesa. E essa possibilidade, mesmo que remota, é suficiente para a proclamação da nulidade da

sentença, que foi proferida sem a produção da prova regularmente requerida.

O prejuízo é evidente, com grave violação da defesa ampla, direito fundamental dos acusados no devido processo penal constitucional.

Aqui também me servirei dos ensinamentos do trio de processualistas já citados:

“À acusação e à defesa, por força dos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório, deve ser assegurado o direito de produzir no processo prova testemunhal, direito esse que se concretiza na manifestação de diversas faculdades: de arrolar testemunhas, substituí-las ou delas desistir, com garantia de que serão tomadas providências para a inquirição das pessoas indicadas, e, sobretudo, de participar efetivamente da audiência em que a prova testemunhal será produzida. A ofensa ao direito à prova das partes em qualquer uma de suas expressões concretas poderá redundar nulidade.

...

De nada adiantaria assegurar o direito de arrolar testemunhas sem que, em seguida, fossem tomadas providências para garantir a efetiva inquirição.”.

O reconhecimento da nulidade, então, se impõe.

Exposta a razão, com base nos arts. 566 e 573, §2º, do CPP, declaro a nulidade da sentença e ordeno o retorno dos autos ao juizado de origem para a colheita do depoimento da testemunha Marcelo Déda Chagas, arrolada pelo acusado.

Superadas todas as questões preliminares, enfrento o mérito.

E tenho que a sentença merece a reforma pleiteada.

Isto porque compreendo que o art. 140 do CP (decreto-lei 2848/40) não foi recepcionado pela CRFB.

Transcrevo o texto da Carta Magna nas partes que interessam para a resolução da demanda:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

...

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

...

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

...

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”.

Com a nova ordem constitucional foi assegurada aos cidadãos a plena liberdade de manifestação do pensamento, independente da forma e do conteúdo.

E no exercício dessa imensa conquista democrática, isenta de qualquer possibilidade de limitação prévia, quando houver ofensa a honra de alguém, duas, e apenas duas, alternativas se apresentam como juridicamente viáveis: o direito de resposta e a indenização do dano.

A tutela penal na espécie, além de se constituir evidentemente excessiva, contrariando sua própria natureza de *ultima ratio*, termina por recriar o abjeto delito de opinião, próprio de regimes autoritários e absolutamente incompatível com a democracia no Estado de Direito.

E mais, a liberdade de expressão assegurada na CF, para além de retirar o tipo penal de injúria da ordem jurídica nacional, termina também por subtrair a antijuridicidade da conduta.

Eugenio Raúl Zaffaroni, com a precisão costumeira, esclarece muito bem a questão do preceito permissivo (*in* Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, 4ª edição revista, RT, São Paulo, 2002):

“Devemos ter presente que a antijuridicidade não surge do direito penal, mas de toda a ordem jurídica, porque a antinormatividade pode ser neutralizada por uma permissão que pode provir de qualquer parte do direito: assim, o hoteleiro que vende a bagagem de um freguês, havendo perigo na demora de acudir a justiça, realiza uma conduta que é típica do art. 168 do CP, mas que não é antijurídica, porque está amparada por um preceito permissivo que não provém do direito penal e sim do direito privado (art. 779 do Código Civil).

A antijuridicidade é, pois, o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa e de preceitos permissivos.

O método, segundo o qual se comprova a presença da antijuridicidade, consiste na constatação de que a conduta típica (antinormativa) não está permitida por qualquer causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma da ordem jurídica (não somente no direito penal, mas tampouco no civil, comercial, administrativo, trabalhista, etc.).”

Assim, diante da evidente incompatibilidade do art. 140 do CP com os dispositivos constitucionais invocados, ausentes a tipicidade e antijuridicidade da conduta, a absolvição é imperativa.

Expostas as razões, dou provimento ao recurso, declaro não recebido pela CF o art. 140 do CP, e absolvo o acusado na forma do art. 386, III, do CPP.

Aracaju, 22 de Outubro de 2013.

Helio de Figueiredo Mesquita Neto
Juiz(a) Relator(a) Originário(a) - 1º Suplente de Maria de Fátima Ferreira de Barros

VOTO

O(a) Senhor(a) Juiz(a) Maria Angélica França e Souza:

Acompanho a divergência, no sentido de ser confirmada a sentença de 1º grau em todos os seus termos e por seus próprios fundamentos.

Aracaju, 22 de Outubro de 2013.

Maria Angélica França e Souza
Juiz(a) Membro

VOTO

O(a) Senhor(a) Juiz(a) José Anselmo de Oliveira:

Trata-se de recurso de apelação interposto por José Cristian Góes em face da sentença proferida pelo Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Aracaju, que o condenou à pena de 7 (sete) meses e 16 (dezesesseis) dias de detenção, substituída por uma restritiva de direito, na modalidade de prestação de serviço à comunidade, devendo prestar serviço em entidade assistencial pelo período da detenção, por ter incorrido nas penas do art. 140 c/c 141, II e III, todos do Código Penal.

Alega o recorrente em suas razões, preliminarmente, a violação dos princípios do juiz natural e da identidade física do juiz; bem como a nulidade da decisão de recebimento da denúncia por prejulgamento da causa. No mérito, sustenta que a sentença afrontou os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, além da liberdade de expressão. Por fim, sustenta ausência de proporcionalidade e de razoabilidade na dosimetria da pena. Pugna, assim, pela declaração de nulidade da sentença ou, em caso de não serem acolhidas as preliminares, pela sua absolvição. Subsidiariamente, requer a modificação da pena fixada.

Instado a se manifestar, o Ministério Público, apresentou contrarrazões, requerendo que seja mantida em todos os termos a sentença de primeiro grau.

É o relatório. Passo a decidir.

Conheço do recurso, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Em relação às preliminares suscitadas pelo apelante, rejeito todas.

A de violação dos princípios do juiz natural e da identidade física do juiz pelos motivos expostos pelo relator originário.

No tocante à alegação de nulidade da decisão de recebimento da denúncia por prejulgamento da causa, corroboro com o entendimento do magistrado sentenciante e, portanto, utilizo-me de seus fundamentos para rejeitar tal preliminar.

Consoante estabelece o art. 46 da Lei nº 9.099/95, o “julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.”

No caso vertente, considerando que a sentença fustigada bem apreciou os fatos e aplicou corretamente o direito, subscreve este relator os seus fundamentos, chamando – os à colação como parte integrante deste voto, confirmando a sentença nos termos do artigo 46, segunda parte, da Lei 9.099/95, acima transcrito.

Pelo exposto, VOTO por NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo a sentença em todos os seus termos.

Aracaju, 22 de Outubro de 2013.

José Anselmo de Oliveira
Juiz(a) Relator(a) Designado(a) - 1º Suplente de Brígida Declerc Fink

Processo nº 201301008618