

Art. 397 do CPP. Absolvição sumária. Flagrante inconstitucionalidade

Proc. nº 0012492-67.2010 - 02 Volumes e 01 apenso

1ª Vara Criminal da Comarca de Niterói-RJ

Recorrente : Ministério Público Estadual- Promotoria de Justiça Criminal

Denunciado: Wolney Trindade

Ofendido : Luciano Oliveira Mattos de Souza - Promotor de Justiça ativo

Delitos: Crimes de injúria, calúnia, difamação e ameaça

RAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO *

Egrégio Tribunal de Justiça fluminense

Colenda Câmara Criminal

Digníssimo Procurador de Justiça oficiante

O Ministério Público estadual, por intermédio do Promotor de Justiça titular da 4ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 2ª Central de Inquéritos (Niterói) ofereceu denúncia em face de **Wolney Trindade**, imputando-lhe minuciosamente a prática dos seguintes delitos contra a honra: injúria, calúnia e difamação, além de ameaça, tipificados nos artigos 140, 138, 139 e 147, todos do Código Penal, respectivamente.

Segundo consta na exordial acusatória, em síntese, no dia 16 de dezembro de 2009, no programa de Rádio CBN Notícia, apresentado pela jornalista Lucia Hipólito, o denunciado teria ofendido a honra subjetiva e objetiva de Luciano Oliveira Mattos de Souza, promotor de Justiça, motivado pela função pública do ofendido, que, no exercício de sua função ministerial, na qualidade de promotor de Justiça titular da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção ao Meio Ambiente, Urbanismo e Patrimônio Histórico e Cultural de

* A eg. 4ª Câmara Criminal do TJRJ afastou as questões prévias e, quanto ao mérito, por unanimidade, deu provimento parcial ao recurso do MP RJ, para o fim de reformar a sentença absolutória sumária no tocante aos crimes contra a honra, afastando tão somente a imputação pelo crime de ameaça. Relatora Des. Maria Sandra Rocha Kayat.

Niterói, teria proposto ação de improbidade administrativa em face do denunciado e outras pessoas junto à 4ª Vara Cível da Comarca de Niterói, a qual foi acolhida por este Juízo cível.

Após a protocolização da inicial da referida ação de improbidade administrativa junto ao referido e r. Juízo cível, o denunciado concedeu a referida entrevista a jornalista suso mencionada, a fim de esclarecer os fatos que motivaram a proposta da referida demanda de improbidade administrativa, momento em que o denunciado teria proferido as ofensas a honra subjetiva, descritas à fl. 02-B, e objetiva, descritas às fls.02-C/02-D e 02-E, bem como, não satisfeito, ainda proferiu as ameaças descritas à fl.02-F, visando intimidar a atuação do referido promotor de Justiça ofendido, **único** promotor de Justiça com atribuição ambiental na Comarca de Niterói.

A peça acusatória consta às fls.02/02-G, em que descreve minuciosamente os fatos e de forma destacada cada crime, a fim de possibilitar a ampla defesa e o contraditório;

Às fls.05/10, consta a representação formal e expressa do ofendido, uma vez que foi atingido no exercício da função de promotor de Justiça, sendo que as ofensas foram proferidas e motivadas pelo exercício desta função, sendo certo que foi a mesma oferecida dentro do prazo decadencial de seis meses, conforme data da protocolização da mesma, à fl.05.

Às fls.11/43, constam os documentos que instruem a referida representação, apresentados pelo próprio ofendido;

À fl.44, consta despacho da Coordenação desta Central de Inquéritos, distribuindo os autos a Promotoria de Justiça de Investigação Penal com atribuição natural;

À fl.68, consta o CD contendo a gravação integral da entrevista concedida pelo denunciado à Radio CBN-Notícia;

Às fls.72/81, consta pedido da 4ª PIP da 2ª CI do laudo pericial de transcrição do referido CD, cujo conteúdo é a íntegra da entrevista concedida pelo denunciado na mídia, elaborado pelas peritas técnicas Monica Azzariti Pinho Barbosa e Maria do Carmo Gargaglione;

À fl.165, o magistrado titular da 1ª Vara Criminal de Niterói, **Carlos Eduardo Freire Roboredo**, deu-se por suspeito por motivo de foro íntimo, encaminhando os autos ao juízo tabelar, no caso o da 2ª Vara Criminal, **João Ziraldo Maia** que, pelos mesmos motivos afirmou também sua suspeição, o que ensejou o encaminhamento ao Juízo tabelar, sendo que a serventia da 2ª Vara Criminal encaminhou os autos ao Tribunal do Júri da Comarca de Niterói, no caso à 3ª

Vara Criminal de Niterói, cujo magistrado é o Dr. **Peterson Barroso Simão**, subscritor da sentença absolutória ora recorrida;

À fl.168, consta despacho do juiz Peterson Barroso Simão que, ao invés de encaminhar os autos ao correto juiz tabelar, no caso o da 4ª Vara Criminal, entendeu ser ele mesmo o tabelar e determinou a realização de audiência especial de conciliação, a qual foi infrutífera, conforme assentada de fls.172/173, tendo os envolvidos recusado a conciliação, sendo certo que o MP, **de forma motivada**, recusou apresentar a transação penal e a proposta de suspensão condicional do processo, conforme fls.126/131;

Às fls.172/173, o **juízo recebeu a denúncia**, entendendo pela presença de indícios de autoria e prova da existência delitiva, tendo citado o denunciado, conform fl.174;

Às fls.178/201, o réu apresentou sua resposta preliminar, à luz do artigo 396-A do CPP, tendo, em síntese, *questionado o fato de o ofendido não ter exercido o direito de queixa-crime; o fato de não ter sido feita transação penal e não ter sido proposta "sursis processual"; atipicidade dos crimes contra a honra e de ameaça, pugnando, enfim, pela absolvição sumária;*

Às fls.209/214, o MP manifestou-se pelo prosseguimento do processo-crime;

Às fls.221/234, consta sentença absolutória com fundamento no artigo 397, inciso III, do CPP, obstaculizando o regular processamento do feito e a necessária dilação probatória, tendo o **juízo do Tribunal do Júri**, em síntese, alegado que as palavras e frases, inclusive pejorativas *não apontaram a pessoa do ofendido*, fazendo crer que as condutas são atípicas pelo fato de o denunciado não ter individualizado o ofendido, o sujeito passivo dos delitos descritos na denúncia, inclusive, em momento algum na entrevista houve referência ao **nome do ofendido (fl.225)**, sendo certo que a ação civil pública por ato de improbidade administrativa promovida em face do denunciado foi subscrita por três promotores de Justiça, inclusive o ofendido nos presentes autos, não se podendo saber quem foi o ofendido na entrevista da rádio, não tendo ficado demonstrado que o acusado fez a declaração com dolo de ofender exatamente o ofendido nestes autos, não se podendo punir intenções, até porque o promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza não é o único a morar no bairro Jardim Icaraí. Ademais, como não foi mencionado o nome do ofendido na entrevista, deveria o MP ter utilizado o disposto no artigo 144 do CP;

À fl.236, consta petição de interposição de recurso de Apelação, o qual foi recebido pelo referido Juízo, conforme fl.237;

À fl.241, o magistrado titular da 1ª Vara Criminal dirige-se ao magistrado subscritor da sentença absolutória, solicitando-lhe que **atenda ao disposto no artigo 72 do CODJERJ, uma vez violado;**

Este é o breve **relato** do feito e, em apertada síntese, são as questões jurídicas e fáticas que deverão ser enfrentadas no presente recurso.

Não obstante a cultura jurídica e a experiência do douto magistrado titular do **Tribunal do Júri de Niterói**, ousamos respeitosamente discordar da doutra e r. decisão, senão vejamos:

I- DAS QUESTOES PRÉVIAS

I.1-Da Nulidade da Sentença proferida por Juízo Incompetente- Falta de pressuposto processual de validade- violação ao art. 5º, incisos XXXVII e LII, da CR/88- princípio do juízo natural:

Preliminarmente, cumpre enfatizar que a denúncia foi oferecida e distribuída para o Juízo da 1ª Vara Criminal de Niterói, sendo que o magistrado titular, **Carlos Eduardo Freire Roboredo**, à fl.165, deu-se por **suspeito** por motivo de foro íntimo, encaminhando os autos ao juízo tabelar, no caso o da 2ª **Vara Criminal de Niterói**, tendo como titular o magistrado **João Ziraldo Maia** que, pelos mesmos motivos, afirmou também sua suspeição, o que ensejou o encaminhamento ao Juízo tabelar, sendo que **a serventia** da 2ª. Vara Criminal de Niterói, talvez por erro material ou falta de orientação, acabou encaminhando os presentes autos ao **Tribunal do Júri da Comarca de Niterói**, no caso desempenhado pela 3ª Vara Criminal de Niterói, tendo como magistrado titular **Peterson Barroso Simão**, que acabou presidindo o processo-crime, recebendo a exordial acusatória e prolatando a sentença absolutória ora recorrida.

É certo e sabido que a competência jurisdicional é a **delimitação** legislativa e constitucional, em que o órgão do Estado que tem a incumbência de julgar exerce a sua jurisdição quando provocado, sendo certo que possui natureza jurídica de **pressuposto processual de validade**, conseqüentemente, se o processo não tiver este pressuposto, por óbvio, o processo é inválido, ensejando nulidade, diante do disposto no **artigo 564, inciso I, do Código de Processo Penal**.

Segundo o Desembargador do TJ fluminense, Paulo Rangel, (Direito Processual Penal, Editora Lumen Juris, p.321- 9ª edição) "**não haverá validade do processo se o juiz não for o competente**".

Se já não bastasse a ofensa ao disposto no artigo 564, inciso I, do CPP (lei infraconstitucional nacional), verifica-se que a sentença absolutória proferida pelo ínclito magistrado titular do **Tribunal do Júri da Comarca de Niterói** também ofendeu o **artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Republicana**, precisamente o **princípio do juízo natural ou legal**, uma vez que não basta estar investido da função jurisdicional, tendo também o caso ser

apreciado e julgado por aquele juízo com poder previamente delimitado pela norma. É patente que a Constituição Republicana exige que o processo e a sentença sejam, respectivamente, presidido e prolatada por juízo competente.

No caso dos autos, verifica-se que não detém competência o Tribunal do Júri da Comarca de Niterói, cuja titularidade é do magistrado **Peterson Barroso Simão**, uma vez que **não é o juízo tabelar** nos casos de suspeição do juiz da 2ª Vara Criminal de Niterói, senão vejamos:

Além do douto magistrado prolator da sentença absolutória de fls.221/234 ter violado o disposto no artigo 72 do Código de Organização e Divisão Judiciária-CODJERJ, conforme salientado pelo seu colega, juiz titular da 1ª Vara Criminal, à fl.241, verifica-se **também** que o ilustre juiz Peterson Barroso Simão, titular do **Tribunal do Júri de Niterói**, também violou o disposto no artigo 74, inciso I, alínea "a", c/c, artigo 117, inciso I, ambos do CODJERJ, haja vista que esta lei estadual, que organiza o Poder Judiciário fluminense, determina, de forma categórica, que na Comarca de Niterói, compete **privativamente** ao Juízo da 3ª Vara Criminal processar **crimes da competência do Júri**, no caso, os dolosos contra a vida e conexos. Ademais, este Juízo não detém competência para processar outros crimes, mas, repise-se, **privativamente** os do Júri, evidenciando que **não tem a mesma competência** das demais Varas Criminais da Comarca de Niterói, tanto que se a denúncia envolver delitos dolosos contra vida e conexos não haverá distribuição, mas encaminhamento para o Tribunal do Júri, no caso a 3ª Vara Criminal.

Na esteira deste raciocínio, cumpre esclarecer que o CODJERJ também disciplina a **substituição de magistrado**, nos casos de **suspeição**, impedimento e faltas ocasionais, sendo a norma aplicável à Comarca de Niterói, precisamente o disposto no artigo 74, parágrafo único, inciso I, alínea "a", segundo o qual, a substituição de um juiz que se considera suspeito far-se-á pelos "(...) **juizes em exercício nas Varas da mesma competência**, em ordem de numeração crescente (...)".

Desta forma, verifica-se que quando o magistrado titular da 1ª Vara Criminal de Niterói, Carlos Eduardo Freire Roboredo, considerou-se suspeito, o substituto seria o juiz da 2ª Vara Criminal, João Zivaldo Maia, pois é o juízo subsequente; sendo certo que aquele não tinha juiz auxiliar, uma vez que a 1ª e 2ª Varas Criminais de Niterói possuem a mesma competência, tanto que os feitos são efetivamente distribuídos, salvo crimes dolosos contra a vida e conexos.

No entanto, o juiz titular da 2ª Vara Criminal de Niterói também se considerou suspeito, tendo determinado à serventia o encaminhamento ao "(...) **Juiz tabelar** (...) " sem especificar qual, o que fez com que a serventia encaminhasse os autos ao juiz do Tribunal do Júri, no caso o da 3ª Vara Criminal, quando, na realidade, **o certo seria o encaminhamento ao juiz da 4ª Vara Criminal de Niterói**, pois este é efetivamente o juiz tabelar da 2ª Vara Criminal, uma vez que possui a

mesma competência dos juízos onde se deram as declarações de suspeição, no caso os da 1ª e 2ª Varas Criminais.

Ora, se o juízo do Tribunal do Júri de Niterói tivesse competência para processar os diversos crimes (que não do Júri), neste caso seria o juiz tabelar da 2ª Vara Criminal, mas não é o caso dos autos.

Ora, apesar de o juízo ser denominado de 3ª Vara Criminal, **na essência**, possui competência especializada e constitucional, sendo **privativa de Tribunal do Júri**, o que, inclusive, faz com que haja no CODJERJ **dispositivo destacado e específico** para este Juízo, conforme demonstra o artigo 117 da referida lei estadual.

Portanto, deveriam os presentes autos ter sido encaminhados pelo juiz da 2ª Vara Criminal **diretamente** ao juiz da 4ª Vara Criminal, sendo certo que, como se trata de competência absoluta, deveria o próprio juiz do Tribunal do Júri ter se eximido de apreciar o caso e ter encaminhado, de ofício, ao juiz da 4ª Vara Criminal, que é o substituto natural.

Impende enfatizar, então, que há nulidade processual, por falta de competência do juízo do Tribunal do Júri de Niterói quanto à substituição do juiz da 2ª Vara Criminal, ofendendo, inclusive, o **princípio constitucional do juiz natural**, ensejando no momento próprio e se for o caso a interposição de Recurso Extraordinário.

I.2-Da Nulidade do processo por violação ao princípio do contraditório participativo- artigo 5º, LV,CR/88

Além da nulidade processual por falta de competência do juiz do Tribunal do Júri e violação do princípio constitucional do juiz natural, verifica-se também que a sentença de absolvição sumária, com fundamento no artigo 397, inciso III, do Estatuto Processual Penal é **nula**, por flagrante ofensa aos **princípios constitucionais do contraditório participativo e da igualdade**.

Ora, o referido princípio do contraditório é assegurado pelo legislador constituinte "(...) **aos litigantes (...)**", ou seja, às partes, autor e réu, e não apenas ao denunciado ou réu, procurando-se conferir um julgamento imparcial. Da mesma forma, pode-se afirmar com relação ao princípio da igualdade, em que coloca as partes (autor e réu) em posição de similitude perante o juiz, no processo em que há o litígio.

Ademais, segundo o mestre **Antonio Carlos Araujo Cintra**, em seu artigo jurídico "**O princípio da igualdade processual**", publicado na revista da Procuradoria-Geral do Estado, São Paulo, nº 19, p.42, 1981/82, "(...) o contraditório decorre da igualdade das partes perante o juiz, de modo que não pode aceitar as afirmações, as alegações e as provas de uma delas sem ouvir

ou dar oportunidade para que seja ouvida a respeito a outra parte, permitindo-se-lhe, também O oferecimento de alegações e a produção de provas”.

Ora, deve-se atentar para o fato de que tais princípios protegem as partes e não apenas o acusado, ou seja, também se dirigem ao “Parquet”.

No caso dos autos, o juízo tabelar incompetente do Tribunal do Júri, com a devida vênia, de forma açodada, em sua sentença afirmou que “(...) **a instrução probatória tornou-se desnecessária (...)**”, o que fez com que viesse a julgar antecipadamente a lide, a fim de absolver sumariamente o denunciado, por ter entendido pela manifesta ausência de tipicidade penal em suas condutas, sendo que acabou com tal atitude precipitada e inconstitucional, **suprimindo ao “Parquet” a dilação probatória**, até porque, a título de exemplo e de argumentação: poderia a jornalista e entrevistadora Lucia Hipólito, ao ser ouvida como testemunha (uma vez que foi arrolada pelo “Parquet”), acrescentar um fato novo elucidativo, ou seja, inclusive, ao ser indagada em Juízo por uma das partes, poderia informar que, antes da entrevista ou após esta ou durante esta, no intervalo publicitário, o denunciado ter feito alguma crítica específica ao promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza, no jargão jornalístico em “off”. Neste caso, a prova oral produzida em sede judicial, sob o crivo do contraditório, acabaria respondendo a todas as indagações formuladas pelo referido juízo tabelar incompetente em sua sentença absolutória.

Certo é que a sentença de absolvição sumária é nula, uma vez que se baseou apenas na prova inquisitorial, ou seja, na prova produzida na 1ª fase da persecução penal, sem o crivo do contraditório, sendo que obstaculizou a dilação probatória a ser feita sob o manto do princípio constitucional suso mencionado. Neste caso, o “Parquet” foi tratado no processo de forma completamente desigual, pois poderia, ao final do processo-crime, após a instrução probatória, após a produção de provas documental, oral e pericial (as partes poderiam ter questionado o laudo de transcrição da entrevista) ter se convencido da ausência do fato, ausência de autoria ou simplesmente da ocorrência de dúvida, mas neste caso houve o devido processo legal, tendo ambas as partes tratamento paritário nos autos, o que não ocorreu efetivamente. Portanto, houve flagrante violação ao Ordenamento Jurídico, precisamente ao sistema acusatório.

Nos dias atuais não se pode tratar o princípio do contraditório apenas sob os aspectos **informativo e argumentativo**, ou seja, não se pode apenas se preocupar em se dar ciência formal da acusação ao denunciado, bem como lhe possibilitar ser ouvido sobre a acusação antes de ser julgado, mas deve-se também conferir ao referido princípio constitucional o **aspecto participativo**, em que se deve assegurar ao litigantes (autor e réu), portanto também ao “Parquet”, o direito de participação efetiva na colheita e produção de prova que possa influenciar o livre convencimento motivado do magistrado, possibilitando-lhe que exerça sua função jurisdicional de forma efetivamente imparcial e buscando a verdade real.

A respeito do tema, cumpre trazer à colação as brilhantes, atuais e exaurientes lições do professor de Direito Processual Penal **Marcelo Lessa Bastos**¹ em que, inclusive, cita outros mestres, *in litteris* :

“É claro que o princípio do contraditório compreende o direito do réu ser formalmente cientificado da acusação que contra ele pesa – viés informativo – e o direito de ser ouvido sobre ela antes de ser julgado – viés argumentativo. Melhor ainda, o princípio do contraditório compreende o direito da parte contrária, não importa se autor ou réu, já que socorro a ambas as partes (“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, ... são assegurados o contraditório...”, ser sempre cientificada, por meio da citação e atos intimatórios subsequentes, daquilo que a outra parte disse e provou a seu respeito, de modo que tenha a mesma oportunidade de contradizer e contraprovar. No entanto, hoje se pode dizer que o princípio do contraditório é mais do que isto, porque ao viés informativo e argumentativo, acima exposto, se agrega o denominado viés participativo, que garante às partes o direito de participarem efetivamente da colheita e produção de toda e qualquer prova que possa vir a ser utilizada na formação do convencimento do juiz, a fim de que a elas possa ser assegurada a possibilidade de, deste modo, influenciarem decisivamente na formação desse convencimento.

Colhe-se, neste sentido, a esclarecedora lição de Leonardo Greco:

Ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses sem ter tido ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação. O contraditório é consequência do princípio político da participação democrática e pressupõe: a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes; b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material (...);

No mesmo sentido, Luigi Paolo Comoglio, destacando que a garantia do contraditório na formação da prova é uma garantia específica, distinta, derivada do que denomina “contraditório entre as partes” (...)

1. BASTOS, Marcelo Lessa. Processo Penal e Gestão da Prova. A Questão da Iniciativa Instrutória do Juiz em face do Sistema Acusatório e da Natureza da Ação Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 26/40.

Também seguindo a mesma linha, Paolo Tonini, comentando o art. 111 da Constituição italiana, destaca:

O cerne do art. 111 é constituído pela afirmação do contraditório. Alguns doutrinadores deram ao princípio do contraditório um único significado e, por essa razão, enfrentaram problemas para interpretar a regra. (...) Compartilhamos do entendimento segundo o qual a expressão “contraditório” no art. 111 não é utilizada em sentido único, ou seja, apresenta dúplice significado, pois a palavra é empregada em sentido objetivo e subjetivo. (...) O contraditório, em sentido objetivo, é estabelecido no início do inciso 4 e se refere ao contraditório “na formação da prova”. É uma expressão que consagra o contraditório como método de “conhecimento”. A verdadeira prova não é aquela que se obtém sob sigilo, por meio de pressões unilaterais, mas aquela cuja formação ocorre de modo dialético (...)”

O contraditório participativo aparece, com o mesmo realce, na obra garantista de Luigi Ferrajoli, que assim se expressa:

O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o direito de defesa, expresso aqui com o axioma A 10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia é o equivalente jurídico que identifiquei, o parágrafo 10.8, como a principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.

Visto o contraditório em seu viés participativo, é imperiosa a conclusão de que somente a prova colhida sob seus auspícios poderá servir de base à decisão judicial de mérito. Aliás, a decisão judicial que vier a ser proferida com base na prova colhida em contraditório haverá de expor os fundamentos em que se baseia, não só simplesmente para atender ao imperativo estampado no art. 93, IX, da Constituição Federal, como também, e principalmente, para assegurar a plena eficácia do princípio do contraditório, tomado em seu viés participativo, exatamente porque é desta fundamentação que – expondo as teses contrapostas e os motivos pelos quais acolheu-se uma delas e refutou-se a outra – resulta a aferição de que as partes puderam, efetivamente, influir na formação do convencimento do juiz.

Tocante à prova colhida sem a incidência do princípio do contraditório, que ocorre na fase preliminar à deflagração da ação penal, normalmente no curso do inquérito policial, é também imperiosa a conclusão

contraposta, de que não pode se prestar a servir de base à decisão judicial de mérito. Daí porque toda a prova colhida no inquérito ou outro procedimento investigatório preliminar há de se esgotar com o oferecimento da denúncia, servindo somente para dar suporte ao exercício do direito de ação e para que o juiz, ao exercer o controle prévio sobre o exercício deste direito, possa aferir se estão presentes as condições para seu regular exercício e os pressupostos processuais. Ou, em sentido inverso, para dar respaldo ao arquivamento da investigação preliminar, posto que tal medida não tem o condão de fazer coisa julgada material, o que consistiria em afronta ao sistema acusatório, eis que o arquivamento é a antítese do exercício do direito de ação. E também para agasalhar eventual medida cautelar que tenha que ser adotada pelo juiz, visto que, para tanto, não se exige a certeza dos fatos e, sim, apenas o *fumus boni juris*. Cumprido este papel, tudo deve se repetir em juízo, agora sob o crivo do contraditório, com realce para a participação das partes na colheita da prova que servirá para o julgamento de mérito.

Costuma-se acentuar a impossibilidade da prova preliminarmente colhida, sem contraditório, poder servir de base à decisão condenatória. No entanto, pensa-se que esta diferenciação está equivocada, posto que, como já ressaltado neste tópico, o princípio do contraditório socorre a ambas as partes – autor e réu – e não somente à defesa. É nisto que o princípio do contraditório se diferencia do princípio da ampla defesa, previsto no mesmo dispositivo constitucional e a seguir examinado. Assim, não se deve particularizar, nesta afirmação, que a prova colhida no inquérito não possa ser vir de base à condenação; não pode, na verdade, servir de base nem à condenação, nem à absolvição. Ou seja: não pode alicerçar nenhuma decisão judicial de mérito.

Gustavo Henrique Badaró, ainda que não de forma incisiva e direta, parece compartilhar desta conclusão, ao expor:

Os elementos trazidos pela investigação não constituem, a rigor, provas no sentido técnico-processual do termo, mas informações de caráter provisório, aptas somente a subsidiar a formulação de uma acusação perante o Juiz ou, ainda, servir de fundamento para a admissão dessa acusação e, eventualmente, para a decretação de alguma medida de natureza cautelar. (...) Ainda que não exista regra expressa de exclusão dos elementos de informação colhidos no inquérito policial, tais dados não poderiam servir para o julgamento da causa.

Partindo desta premissa, causa perplexidade o que dispõe, atualmente, o art. 397 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719/08. É que o dispositivo introduziu a possibilidade do juiz, após ter recebido a denúncia ou queixa – ou seja: após ter feito o controle prévio de admissibilidade da acusação, em que afirmou que a ação penal deduzida não se materializava em peça inepta, não faltava pressuposto

processual e nem condição para o regular exercício do direito de ação, nem justa causa para a iniciativa do autor (art. 395 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719/08 -, à luz da resposta preliminar apresentada pelo réu (art. 396-A do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719/08, absolvê-lo sumariamente, em decisão plenamente apta a formar coisa julgada material.

A perplexidade se dá pelo fato de que esta absolvição seria respaldada ou nos elementos colhidos no inquérito policial, ou, pior, nos documentos novos juntados pelo réu em sua resposta preliminar. Em qualquer situação, formar-se-ia uma decisão judicial de mérito, ainda que no sentido da absolvição, com base em elementos de convicção recolhidos sem o crivo do contraditório, o que parece contrariar frontalmente tal princípio que, como já destacado aqui, socorre a ambas as partes - tanto ao autor, como ao réu -, de sorte que é irrelevante o fato da decisão preconizada ser absolutória. Definitivamente, parece inconcebível que, com base em elementos de convicção colhidos unilateralmente, sejam trazidos pelo réu sem a participação da acusação, sejam trazidos no procedimento investigatório que serviu de base à denúncia ou queixa sem a participação do réu (normalmente inquérito policial, que nem foi conduzido pelo autor da ação, promotor ou querelante, e, sim, pelo delegado de polícia, que não é a parte autora), possa vir a ser produzida qualquer decisão judicial de mérito, pouco importando se condenatória ou absolutória, eis que a ofensa ao princípio do contraditório é rigorosamente a mesma, sendo tal dispositivo inconstitucional. Isto sem falar na curiosa contradição entre este dispositivo e o art. 155 do Código de Processo Penal, reformado no mesmo pacote, que veda a formação do convencimento do juiz com base em prova colhida fora do contraditório judicial. Não se pode negar ao autor - cujo exercício da ação penal já passou pelo juízo prévio de admissibilidade, o que implica em dizer que não foi temerário, o processo tem seus pressupostos para o válido e regular desenvolvimento e a ação atendeu a todas as suas condições para seu regular exercício - o direito à prova dos fatos que alegou. O princípio do contraditório implica em reconhecer às partes - autor e réu - o direito à prova dos fatos alegados, não podendo nenhum deles ser tolhido deste direito sumariamente, como propõe, de forma infeliz, o art. 397 do Código de Processo Penal.

É exatamente este o caso dos presentes autos. Ora, o juiz do Tribunal do Júri de Niterói, além de ser incompetente, prolatou uma sentença absolutória sumária eivada de inconstitucionalidade, pois violou flagrantemente o princípio do contraditório participativo, uma vez que, apesar de ter recebido a denúncia, entendendo pela existência da justa causa, sem permitir que o "Parquet" e o réu produzissem provas, a fim de contribuírem para a formação de seu livre

convencimento motivado e da busca da verdade real, de forma precipitada, com a devida vênia, obstaculizou o prosseguimento da persecução penal de forma abrupta, pois, com base nas provas produzidas sem o crivo do contraditório, acabou proferindo **decisão de mérito absolutória**, quando deveria, de forma imparcial, ter dado oportunidade aos litigantes, inclusive ao “Parquet” de fazerem a dilação probatória, o que não ocorreu.

II- DA QUESTÃO MERITÓRIA

A título de argumentação, ultrapassadas as questões prévias que **nulificam o processo e a prematura e parcial sentença absolutória**, verifica-se que, no mérito, a sentença recorrida merece reforma, uma vez que o juízo *a quo*, em síntese, se convenceu de que o denunciado, apesar de ter sido o autor das palavras “(...) **desnecessárias e pesadas no relacionamento humano** (...)”, proferidas numa entrevista da Rádio CBN-Notícias, não cometeu quaisquer delitos contra a honra a ele imputados, uma vez que não houve especificação do sujeito passivo dos referidos delitos. Ademais, no tocante ao crime de ameaça, entendeu o magistrado que também não se configurou, uma vez que afirmar que pode processar judicialmente alguém, por si só, não configura mal injusto e grave.

Portanto, a sentença de absolvição sumária baseou-se substancialmente na atipicidade das condutas, configurando “**inócuo penal**”.

II.1- Dos delitos contra a honra

Alega o ilustre e r. magistrado prolator da sentença recorrida que os crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação), não restaram demonstrados, uma vez que na entrevista concedida pelo denunciado à Radio CBN não foi apontado a “*pessoa do ofendido com clareza*”, não constou o nome do sujeito passivo, portanto não houve qualquer ofensa à honra subjetiva ou objetiva de pessoa específica, faltando uma elementar do tipo penal.

Com a devida vênia, não assiste razão alguma ao culto magistrado que, inclusive, foi paradoxal em sua precipitada e inconstitucional decisão judicial conforme será exposto adiante.

Pelo menos o douto magistrado não questionou a veracidade da entrevista ou do laudo de transcrição, da mesma forma a defesa, também não questionou a autoria das expressões descritas na exordial acusatória. Da mesma forma, o magistrado “*a quo*” também admitiu expressamente que a entrevista constou “**palavras desnecessárias e pesadas no relacionamento humano**”, tais como

“idiota, imbecil e maluco”, sendo “atributos pejorativos que poderiam afetar o conceito de si mesmo, a auto-estima, poderiam atingir a honra subjetiva”.

Portanto, a sentença reconheceu a existência das ofensas, assim como a autenticidade do laudo de transcrição da entrevista, assim como o fato de que o denunciado foi o seu autor. No entanto, entendeu apenas pela falta de identificação do sujeito passivo, ou seja, sabe-se quem foi o ofensor, quais foram as ofensas, mas não se sabe quem foi o ofendido. Resta ao recorrente explicitar, então...

Da mesma forma ocorreu com a análise do delito de calúnia, em que o juiz “a quo” confirma que “(...) **houve prova de que o fato é falso** (...)”, mas também entendeu o magistrado que não se identificou o sujeito passivo.

O mesmo ocorreu com o delito de difamação, em que o magistrado afirmou que “(...) **não se identifica pelo nome, nem por característica física, nem pela profissão, nem pelo endereço a pessoa supostamente qualificada pela desídia e partidarismo** (...)”

Ora, com a devida vênia, flagrante o “error in judicando”, pois não é crível que o douto magistrado não tenha conseguido individualizar o sujeito passivo das ofensas com as provas produzidas na fase inquisitorial. De toda sorte, deveria, no mínimo, ter permitido o prosseguimento do processo-crime, justamente para que houvesse a prova sob o crivo do contraditório.

Ademais, não há dúvidas de que o ofendido era o promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza, senão vejamos :

A uma, porque, conforme confirmado pelo próprio magistrado, o denunciado somente concedeu a entrevista à Radio CBN, em razão de o mesmo ser réu em processo de improbidade administrativa tendo como subscritor da inicial o ora ofendido, promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza que, à época, era e ainda é o **único** titular da respectiva Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva Ambiental da Comarca de Niterói, conforme é notório, sendo certo que as palavras “**pesadas, desnecessárias e pejorativas**” (empregadas pelo próprio magistrado) foram proferidas dentro deste contexto, ou seja, em virtude da investigação e da instauração do processo de improbidade administrativa junto à 4ª Vara Cível de Niterói, a cargo do promotor de Justiça titular suso referido, ora ofendido;

A duas, porque a portaria de instauração do inquérito civil e a respectiva investigação ficaram a cargo **exclusivo** do promotor de Justiça ora ofendido, o que demonstra a delimitação das palavras ofensivas;

A três, porque **apenas** quando da petição inicial da ação civil pública de improbidade administrativa é que foi assinada por três promotores de Justiça, quais sejam: Luciano Oliveira Mattos de Souza, Carlos Bernardo Aarão Reis e Karine Susan Oliveira Gomes de Cuesta, mas, de toda sorte, dos **três, apenas**

Luciano Oliveira Mattos de Souza, ora ofendido, mencionado na denúncia é o promotor de Justiça **titular** da Promotoria de Tutela Coletiva Ambiental de Niterói, pois os outros dois promotores de Justiça, apesar de atuarem com atribuição em tutela coletiva, **não atuam em Niterói**;

A **quatro**, porque o próprio magistrado confirmou em sua precipitada sentença absolutória que o denunciado-ofensor "(...) se refere a um promotor e que mora em Niterói (...)", precisamente no "(...) Jardim Icaraí (...)" sendo que a denúncia foi assinada por três promotores de Justiça e há vários operadores do Direito: "(...) Desembargadores, juízes, Defensores Públicos, Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça que moram em Icaraí ou no prolongamento do bairro, agora chamado Jardim Icaraí (...)" .

Ora, com a devida vênia, o argumento do culto magistrado acaba por ser pueril e perigoso.

Pueril, pois não há dúvidas de que vários operadores do Direito residem em Niterói em diversos bairros, mas é certo também que não são os Desembargadores, juízes, Procuradores de Justiça, Defensores Públicos que atuam na Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva Ambiental de Niterói, como também não foram os responsáveis pelo inquérito civil, muito menos foram os subscritores da petição inicial de improbidade administrativa proposta em face do denunciado-ofensor e que foi o motivo deste ser entrevistado na Radio CBN e ter proferido as "**palavras desnecessárias e pesadas no relacionamento humano**".

Diz-se *perigoso*, pois a argumentação do ilustre magistrado acaba autorizando, por exemplo, que no futuro, um membro do próprio Poder Judiciário residente num bairro de Niterói e que tenha presidido um processo-crime na Comarca seja vítima de palavras **pesadas e desnecessárias**, ofensivas a honra objetiva e/ou subjetiva, como por exemplo: ignorante jurídico, incapaz para o exercício da função judicante, idiota, imbecil, maluco, dentre outras... Neste caso, diante do presente precedente, só restará ao "Parquet", com atribuição natural, promover o arquivamento, por falta de delimitação do sujeito passivo, uma vez que há vários juízes criminais nesta Comarca de Niterói. Mas este não é o caso dos autos, pois o denunciado só não fez referência ao nome do ofendido.

Ademais, ainda sobre a questão envolvendo a moradia, apesar de *apenas* a petição inicial ter sido assinada por três promotores de Justiça, é certo e sabido que, dos três, **apenas o promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza é efetivamente domiciliado em Niterói e no bairro Jardim Icaraí**, enquanto que os demais, além de não atuarem funcionalmente nesta Comarca de Niterói, sequer residem em Niterói, mas sim na Capital, o que faz com que "caia por terra" a argumentação judicial a respeito de "**quem foi o promotor de Justiça referido ?**"

A **cinco**, porque o denunciado, em sua entrevista, afirmou categoricamente que o promotor de Justiça "(...) foi morar num prédio que aumentou o gabarito

para poder aproveitar o potencial construtivo (...) e ele nunca tomou qualquer providência (...)”. Ora, indaga-se respeitosamente do douto magistrado “a quo”: a quem incumbia tomar providência neste caso ? Aos Desembargadores, Defensores Públicos, Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça residentes no bairro Jardim Icaraí ? Ou apenas ao promotor de Justiça titular da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva Ambiental de Niterói **E que mora no referido prédio no Jardim Icaraí ? Quem efetivamente era e é o titular desta Promotoria de Justiça ? Não seria justamente o ofendido Luciano Oliveira Mattos de Souza ?**

Ademais, nos autos restou evidenciado, assim como descrito na exordial acusatória, que o referido promotor de Justiça titular, ora ofendido, residente no bairro Jardim Icaraí, precisamente no prédio, com supostas irregularidades mencionadas pelo denunciado em sua repugnante entrevista, sito à Rua Ministro Octavio Kelly, nº 508, efetivamente instaurou o inquérito civil nº 2007.00153377, tendo sido o subscritor da respectiva Portaria de instauração, mas acabou se declarando suspeito (cf. fl.95) justamente em razão de ter ido efetivamente residir no referido prédio. Já os outros dois promotores de Justiça que apuseram suas assinaturas na petição inicial **nunca residiram em Niterói, muito menos no bairro Jardim Icaraí, quiçá no prédio com supostas irregularidades;**

A seis, porque o magistrado “a quo”, além de sua decisão ter sido precipitada, nula e inconstitucional, **foi paradoxal**, com a devida vênia, uma vez que, após procurar fazer crer ser impossível delimitar o sujeito passivo dos crimes contra a honra, inclusive do crime de calúnia, acabou afirmando categoricamente que “(...) **houve prova de que o fato é falso, já que instaurado o inquérito civil 2007.00153377 POR INICIATIVA DO DR. LUCIANO para apurar irregularidades no gabarito do prédio de sua residência (...)**”.

Ora, sem muito esforço, pôde o magistrado identificar que o denunciado se referiu ao **Dr. Luciano** e não aos “Desembargadores, Defensores Públicos, Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça residentes no bairro Jardim Icaraí”. Portanto, se o douto magistrado, sem muito esforço, conseguiu identificar que o denunciado se referiu ao “Dr. Luciano” e ao seu prédio, como não conseguiu identificar o “Dr. Luciano” como o destinatário das demais palavras “**pesadas e desnecessárias no relacionamento humano**” proferidas pelo denunciado em sua entrevista à Rádio CBN ?

A sete, porque é notório que em Niterói só há um **único** promotor de Justiça que é lotado e titular na Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva Ambiental, sendo certo que também é notório que este reside no bairro Jardim Icaraí, como também instaurou inquérito civil para apurar supostas irregularidades em seu prédio, assim como é o **único** promotor de Justiça subscritor da ação civil publica por improbidade administrativa proposta em face do denunciado que reside em Niterói e justamente no bairro Jardim Icaraí, sendo este promotor de Justiça **Luciano Oliveira Mattos de Souza;**

A oito, porque, a todo momento, durante **TODA** a entrevista à Radio CBN, o denunciado usou palavras ofensivas, sendo que **SEMPRE** dirigiu-se ao ofendido no **singular e não no plural**, chamando-o de “**idiota, imbecil e criador de caso (...)** esse, esse promotor é um idiota, um imbecil ou é um maluco (...) ele é um **criador de caso (...)**”, apesar de a ação civil pública ter sido assinada por três promotores de Justiça, quem presidiu o inquérito civil correspondente foi o promotor de Justiça titular **Luciano Oliveira Mattos de Souza**;

A nove, porque também é notório que o promotor de Justiça Luciano Mattos atua há anos na Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva Ambiental de Niterói, instaurando diversos inquéritos civis, assim como diversas ações civis públicas, sendo que muitas destas são noticiadas pela mídia local, demonstrando que o denunciado ao se referir ao “**criador de caso**” só poderia ser com relação ao referido promotor de Justiça, até porque não se pode perder o foco, ou seja, em que condições o denunciado proferiu tais palavras, não custa lembrar: numa entrevista à Radio CBN motivada pela ação civil pública por improbidade administrativa proposta pelo ofendido em face do denunciado.

Certamente não estava se referindo aos “Desembargadores, Defensores Públicos, Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça residentes no bairro Jardim Icarai”, como procurou fazer crer o douto magistrado “a quo”;

A dez, porque o próprio denunciado, em sua entrevista, fez referência ao **CCOB- Conselho Comunitário da Orla da Baía de Niterói**, que é justamente uma entidade que contribui para atuação da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva Ambiental de Niterói, assim como outros órgãos, sendo certo que até este ente da sociedade civil conseguiu, *sem muito esforço*, identificar o promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza como o ofendido na entrevista, tanto que apresentou documento de apoio, conforme fl.02 do procedimento em apenso aos presentes autos;

A onze, porque o ínclito magistrado “a quo”, em sua lamentável, inconstitucional e precipitada sentença absolutória, afirmou que a atipicidade das condutas ofensivas decorreu da indeterminação do sujeito passivo, uma vez que “(...) **não se identifica pelo nome, nem por característica física, nem pela profissão, nem pelo endereço a pessoa supostamente qualificada pela desídia (...)**”.

Ora, além do que já foi alegado, que permitiu demonstrar que o sujeito passivo só pode ser o promotor de Justiça Luciano Mattos, deve-se esclarecer que, de acordo com o artigo 41 do C.P.P., **até mesmo o acusado, o denunciado, que está sofrendo uma imputação penal**, pode não ter o nome ou demais elementos que o qualificam devidamente conhecidos e seguros, ainda assim, isto, por si só, não autoriza que o juiz rejeite a peça vestibular ou o absolva, conforme dispõe também o artigo 259 do CPP, que dirá se a questão envolver o ofendido como no presente caso.

Ora, o fato de a entrevista não ter feito referência expressa e específica ao nome, prenome do promotor de Justiça ofendido, é certo que o ofendido, dentro do contexto da entrevista e dos outros argumentos aqui apresentados, está perfeitamente identificado;

A doze, porque pode ter passado despercebido pelo douto magistrado “a quo”, o que ensejou “error in judicando”, a afirmativa da própria defesa, à fl.199, segundo a qual esta confirma “(...) **que as desavenças entre autor do fato e o ofendido iniciou-se no ano de 2008, após a propositura da ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público contra o autor do fato, unicamente em razão de ter proposto, na condição de Vereador Municipal, uma legislação de alteração de apenas seis artigos do Plano Urbanístico da Orla da Baía (...)**” o que demonstra que a própria defesa delimitou quem “é o criador de caso” da entrevista, sendo certo que, em momento algum, a defesa fez referencia aos outros dois promotores de Justiça que assinaram a peça inaugural da referida ação civil pública;

A treze, porque, à fl.46, consta reportagem jornalística, em que foram retratados justamente o promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza e o denunciado, que tinham as referidas “desavenças”, demonstrando que até mesmo os jornalistas conseguiram delimitar o sujeito passivo nos crimes imputados na denúncia, apesar de o juiz “a quo” não ter percebido, sendo certo que os outros dois promotores de Justiça, além de não terem dado entrevista na Radio CBN, também não foram procurados pela mídia niteroiense;

A catorze, porque, mais uma vez, de forma nitidamente paradoxal, o eminente magistrado “a quo” afirmou que “(...) **os indícios na apuração conduzem ao entendimento relativo que naquela entrevista poderiam ter sido destinadas a pessoa do ilustre promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza (...)**”, tendo afirmado, ainda, **não ter “(..) certeza plena e verdadeira (...)**”.

Ora, com a devida vênia, tais afirmativas demonstram o “error in procedendo e in judicando”, uma vez que o douto magistrado acabou por ofender o disposto no **artigo 239 do CPP**, uma vez que, com a devida vênia, não avaliou devidamente a prova, haja vista que, apesar de admitir a existência de indícios, *deixou de considerar justamente a prova indiciária*, sendo certo que, dentro do livre convencimento motivado, a prova indiciária tem valor probante, por óbvio, servindo também para condenar o réu.

A respeito, cumpre trazer à colação as precisas lições do mestre **Guilherme de Souza Nucci** (Código de Processo Penal Comentado- 6ª edição, RT,p.490, *in verbis* :

“Os indícios são perfeitos tantos para sustentar a condenação, quanto à absolvição. Há autorização legal para a sua utilização e não se pode descurar que ha muito preconceito contra essa espécie de prova, embora seja imprescindível ao juiz utilizá-la. Nem tudo se prova diretamente,

pois há crimes camuflados- a grande maioria- que exigem a captação de indícios para a busca da verdade real (...)"

Portanto, se o juiz constatou a existência de indícios, conforme afirmado, não caberia, neste momento, a sentença absolutória sumária. Ademais, se o próprio juiz "a quo" afirmou não ter certeza plena e verdadeira, por que então obstaculizou o prosseguimento do processo-crime e violou o princípio do contraditório participativo? Por que não permitiu às partes a busca da verdade real? Por que não rejeitou a denúncia?

Se já não bastasse, deveria o douto magistrado a "quo" ter analisado o presente caso de forma menos açodada, uma vez que o ora denunciado **já foi réu em processo de responsabilidade civil de reparação de danos morais** justamente porque, tempos atrás, teria ofendido a honra do atual Prefeito de Niterói, Jorge Roberto Silveira, conforme demonstra o documento de fl.59, evidenciando que, não obstante ser advogado, ex-vereador, ex-deputado estadual, membro do extinto Conselho Consultivo de Niterói e ter "maturidade", tem por hábito ofender as pessoas e ficar impune.

Desta forma, a inconstitucional, precipitada e nula sentença absolutória sumária não se amolda às circunstâncias do presente caso

II.2- Do delito de ameaça

Quanto ao delito de ameaça, o juízo "a quo" entendeu não ter restado configurado, uma vez que não configura mal injusto e grave o fato de o denunciado ter afirmado em programa da Rádio CBN, de enorme audiência, que, em decorrência da atuação do promotor de Justiça, quanto à propositura da ação civil pública por ato de improbidade administrativa em seu desfavor que poderia ensejar a instauração de um **processo-crime** em face do referido promotor de Justiça pela suposta prática de crime de "denúncia caluniosa". Segundo o magistrado "a quo", tal fato não configura mal injusto e grave, sendo a conduta atípica.

Ousamos divergir, por óbvio.

O denunciado já foi processado outras vezes, inclusive por ter também ofendido a honra do Prefeito de Niterói, conforme já salientado, sendo certo que o próprio magistrado reconheceu que o denunciado é pessoa experiente, detém "**maturidade**", é ex-vereador, ex-deputado, bem como advogado e **participa ativamente de campanhas eleitorais de políticos com domicílio eleitoral em Niterói**, o que demonstra que é pessoa esclarecida, influente e sabedora das consequências de seus atos.

Ademais, ao ter afirmado em sua entrevista no programa de Rádio CBN-Notícia sobre a possibilidade de processar criminalmente um promotor de Justiça

no exercício de sua função pública, certamente não se trata de um processo de família ou trabalhista, mas sim de uma imputação penal, que tem o único escopo de intimidar a atuação do promotor de Justiça, o que evidencia ser mal injusto e grave, ainda mais em se tratando de processo-crime.

Será que também não seria considerado mal injusto e grave o fato de alguém, antes de ser sentenciado, afirmar que pensa processar criminalmente um determinado magistrado ? Será que este terá ânimo calmo e refletido ? É certo que não é a ameaça que irá evitar a atuação do intimidado, mas como se trata de crime formal ou de consumação antecipada e instantâneo, consuma-se independentemente do resultado lesivo, bastando que seja séria e idônea, o que de fato é, pois foi proferida em programa de rádio de grande audiência, perante jornalista de escol.

Ora, não se tratou de mera bravata, de uma frase solta, mas de afirmação em programa de Rádio da CBN.

Diante das sucessivas tentativas de advogados em ver membros do MP responsabilizados, no mínimo, civilmente, com diversas ações ajuizadas em face daqueles no exercício das funções, é lógico que passa a ser séria a afirmação de possível provocação de instauração de processo criminal, sendo um mal futuro e injusto, ainda mais se for levada em consideração a conduta social do denunciado e seu temperamento.

Ora, uma coisa é o ofensor, como bravata, afirmar que pensa em processar alguém, outra é afirmar num programa de Radio CBN- Notícias, matutino, de uma jornalista de elevado prestígio, com elevada audiência, **em tom ameaçador, intimidatório**, que irá processar o promotor de Justiça autor da ação civil pública de improbidade administrativa pela suposta prática de crime de denunciação caluniosa.

Ora, bastaria o douto magistrado "a quo", de forma mais cautelosa, ter procurado **ouvir** a entrevista, cujo CD consta à fl.68 que iria perceber o tom intimidatório. No entanto, em flagrante desobediência aos princípios do contraditório e do devido processo legal, o juiz "a quo" preferiu interromper a persecução penal de forma abrupta, deixando de **ouvir** a entrevista, pois, inclusive poderia observar também que a intimidação foi proferida de forma calma e refletida, conforme descrito na exordial acusatória.

De se registrar que, para a configuração deste delito de ameaça, não se exige para sua consumação a efetiva intimidação do ofendido, conforme já decidido nos precedentes, conforme RT 738/691 e RT 719/349, -TACRSP.

Portanto, as circunstâncias pelas quais foram proferidas as palavras intimidatórias certamente demonstram que não se tratava de mera bravata, sendo certo que **quem exerce a função ministerial de forma séria, responsável e idealista**, certamente se incomoda e se sente ameaçado no exercício de sua função.

Impende enfatizar que não houve atipicidade, mas, ainda assim, deveria, no mínimo, o douto magistrado “a quo” ter procurado dar oportunidade às partes, inclusive ao “Parquet”, de produzir prova sob o manto do contraditório, ate se fosse o caso, ouvir o CD com o teor da entrevista em audiência, para, ao final, fazer o juízo meritório de forma calma e dentro do livre convencimento motivado, respeitando-se os princípios constitucionais já abordados.

III- DO PREQUESTIONAMENTO- Súmula nº 221 do STJ

Conforme demonstrado nas presentes razões recursais, o Juízo “a quo” contrariou flagrantemente dispositivos de lei federal, assim como também negou vigência a outros dispositivos, senão vejamos :

No tocante ao **artigo 155 do Código de Processo Penal**, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, inserido no capítulo da prova, não há dúvidas de que lhe foi **negada vigência** pelo Juízo “a quo”, uma vez que o mesmo preceitua que deve o juiz formar seu convencimento pela livre apreciação da prova “**(...) produzida em contraditório JUDICIAL, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação**”.

Ora, no presente caso, o juízo “a quo”, além de ser incompetente, de forma precipitada, abruptamente prolatou sentença absolutória sumária, entendendo que os fatos não constituem **manifestamente crimes**, sendo que levou em conta substancialmente as provas produzidas **sem o crivo do contraditório**, ou seja, na fase pré-processual. Ora, se fosse assim, deveria ter então ter rejeitado a exordial acusatória por falta de justa causa e não proferir sentença definitiva, de mérito.

Violou, assim, o sistema do livre convencimento motivado de apreciação das provas.

Da mesma forma, o douto Juízo “a quo”, ao absolver sumariamente o réu por entender que as condutas são atípicas, uma vez que não restou evidenciado nos autos, de forma específica, o ofendido, seu nome e outros elementos, acabou por contrariar o disposto nos artigos 138, 139, 140 e 147, todos do CPP. Até porque, em momento algum, exigem que a pessoa esteja perfeitamente individualizada através de nome e outras qualificações, mas sim que a pessoa ofendida **seja passível** de identificação, **identificável**, como ocorre no presente caso.

Ademais, o douto Juízo “a quo” acabou negando vigência ao **artigo 334, inciso I, do Código de Processo Civil-CPC**, aplicável ao processo penal em razão do disposto no artigo 3º do CPP, uma vez que **fatos notórios não dependem de prova**. Ora, no presente caso, não há dúvidas de que o denunciado, a todo momento, em sua lamentável entrevista, dirigiu-se ao promotor de Justiça

Luciano Oliveira Mattos de Souza, uma vez que este foi o autor da ação civil pública em seu desfavor, foi quem presidiu o inquérito civil público, é o **único** dos três promotores de Justiça que subscreveram a ação civil pública que residem em Niterói e no bairro Jardim Icaraí, sendo que é o **único** promotor de Justiça titular da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva Ambiental de Niterói, sendo também justamente o promotor de Justiça que passou a residir no prédio que teve supostas irregularidades e que instaurou inquérito civil.

É certo também que o ofendido sempre utilizou suas palavras ofensivas e intimidatórias **no singular**, o que demonstra que não queria ofender os demais promotores de Justiça que constam na peça inaugural da ação civil pública, tanto que estes sequer se sentiram ofendidos. Portanto, acabou o juízo “a quo” negando e contrariando os artigos suso referidos, pois é **notório que as ofensas proferidas foram dirigidas a “alguém”, notoriamente ao promotor de Justiça ofendido nestes autos**, o que foi identificado até mesmo pelo jornalista Renato Onofre na reportagem de fl.46, em que inseriu nesta a fotografia do ofensor, ora denunciado, e do ofendido, sequer fez menção aos demais promotores de Justiça.

A título de esclarecimento, cumpre trazer à baila a noção do que seja fato notório, qual seja: é aquele de conhecimento geral, perceptível por qualquer pessoa de mediano entendimento. Ora, nos autos há provas de que as palavras foram extremamente ofensivas, como o Juízo “a quo” afirmou: “pesadas”, sendo que o denunciado foi o autor das mesmas. Ademais, o ofendido, apesar de seu nome não ter sido pronunciado, foi devidamente identificado ou, no mínimo identificável sem qualquer esforço, tanto que, dias após a entrevista do denunciado, o promotor de Justiça ofendido, Luciano Oliveira Mattos de Souza, foi entrevistado na mesma Rádio CBN, pela mesma jornalista Lúcia Hipóllito e não os demais promotores de Justiça, cujos nomes constaram na petição inicial de ação civil pública em desfavor do denunciado, o que evidencia que **qualquer pessoa mediana**, mesmo não sendo operadora do Direito, conseguiu perceber que o ofendido seria o promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza, sendo que infelizmente o único que não conseguiu perceber foi justamente o douto Juízo “a quo”, com a devida vênia.

Se já não bastasse, também houve contrariedade ao **artigo 239 do CPP**, uma vez que, apesar de o Juízo “a quo” ter afirmado categoricamente que “(...) os **indícios na apuração conduzem ao entendimento relativo que naquele entrevista poderiam ter sido destinadas a pessoa do ilustre promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza (...)**”, ainda assim o Juízo a quo preferiu absolver sumariamente o denunciado, ao invés de, no mínimo, mandar processar o feito, sendo certo que o artigo 239 do CPP, que trata da prova indiciária, autoriza, inclusive, a condenação do réu, pois tem valor probante.

Por derradeiro, também houve violação ao disposto no **artigo 564, inciso I, do Código de Processo Penal**, uma vez que o processo é nulo por ter a sentença absolutória sido prolatada por Juízo incompetente, pois não seria verdadeiramente o tabelar.

Portanto, verifica-se que, no caso, em última instância, será cabível eventual Recurso Especial, à luz do artigo 105, inciso III, "a", da Constituição Republicana.

III- DO PREQUESTIONAMENTO- Súmulas nº 282 e 356 do E. STF

Se já não bastasse, a r. sentença de absolvição sumária, além de ter sido prolatada de forma açodada, verifica-se que ofendeu a uma série de preceitos e princípios constitucionais, a saber :

A uma, porque foi proferida por juiz tabelar incompetente, em razão de a 3ª Vara Criminal de Niterói ter competência privativa de Tribunal do Júri, significando que não possui a **mesma competência** da 1ª Vara Criminal, conforme determina o CODJERJ (arts, 74, incisi I, "a", c/c, 117, I). Desta forma, o juiz tabelar teria que ser o da 4ª Vara Criminal que detém a mesma competência da 1ª Vara Criminal. Na esteira deste raciocínio, a sentença recorrida violou o **princípio constitucional do juízo natural**, estampado no **artigo 5º XXXVII e LII, da Constituição Republicana;**

A duas, porque, ao aplicar o artigo 397, inciso III, do CPP, absolvendo sumariamente o denunciado, o Juízo "a quo" violou **manifestamente o princípio do contraditório participativo**, previsto no **artigo 5º, LV, da Constituição da República**, suprimindo às partes litigantes, em especial ao "Parquet", a possibilidade de produzir prova sob o manto do contraditório.

Ora, o douto magistrado "a quo" afirmou em sua sentença que a "(...) **instrução probatória tornou-se desnecessária (...)**". Ora, pergunta-se, como desnecessária se não houve dilação probatória na 2ª fase da persecução Penal ? Como desnecessária se o juízo "a quo" sequer **ouviu** perante os litigantes o CD com o teor da entrevista ? Como desnecessária se o juízo "a quo" sequer possibilitou a oitiva das testemunhas **arroladas pelas partes** ? Como desnecessária se não houve prova produzida sem o crivo do contraditório ? Mais do que nunca a produção de prova era e é necessária, pois deve, no mínimo, ser repetida sob o crivo do contraditório, não podendo o magistrado condenar ou absolver alguém com base nas provas produzidas na fase pré-processual, como ocorreu no presente caso.

Portanto, verifica-se ofensa ao princípio da igualdade entre as partes, assim como do sistema acusatório.

Em sendo assim, verifica-se que, no caso, em última instância, também será cabível eventual Recurso Extraordinário, à luz do artigo 102, inciso III, "a", da Constituição Republicana, sendo que as questões apresentadas **possuem repercussão geral**, ainda mais a análise do novel artigo 397 do CPP sob o prisma constitucional.

Se já não bastasse, deve-se enfatizar também que no presente caso não ocorreu ofensa meramente reflexa ou indireta ao texto contitucional, mas sim de ofensa **direta e manifesta** aos princípios basilares da República, previstos na Carta Magna.

IV- DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, requer o Ministério Público seja **conhecido** o presente recurso, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade (cabimento, tempestividade, motivação, adequação, interesse recursal), e, *no mérito*, seja julgado **provido**, a fim de se sanar os erros *in procedendo* e *in judicando*, viabilizando o prosseguimento do processo, inclusive pelo Juízo competente, buscando-se a verdade real.

Pede Deferimento.

Niterói, 10 de novembro de 2010

CLÁUDIO CALO SOUSA

Promotor de Justiça

CLÁUDIO CARDOSO DA CONCEIÇÃO

Promotor de Justiça