



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2015.0000296999

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0042103-23.2010.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DANILO LARANJEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastada a preliminar, DERAM PROVIMENTO PARCIAL ao recurso, para reduzir o valor da prestação pecuniária para 100 salários-mínimos, que deverão ser destinados à vítima, mantendo-se no mais a r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRASSI NETO (Presidente) e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 30 de abril de 2015

LAURO MENS DE MELLO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Apelante(s): Danilo Laranjeira

Apelado(a)(s): Ministério Público

PRELIMINAR – propositura de suspensão condicional do processo que é faculdade do Ministério Público – magistrado de primeiro grau que não discordou e fez uso do art. 28 do CPP – inteligência da Súm. 696 do STF – preliminar afastada.

INJÚRIA RACIAL – materialidade decorrente da prova oral que demonstrou que a vítima foi chamada de “macaco do caralho”.

AUTORIA – réu confirmou ter ofendido a vítima – testemunhas que confirmam a injúria por parte do réu.

INJÚRIA – prescinde de especial motivação – uma vez comprovada a intenção de dizer as palavras, indiferente é o direcionamento da vontade do agente ao proferi-las, desde que a vítima tenha se sentido ofendida – não há que se falar em ausência de prova do dolo na conduta do agente, como alega a defesa.

EXCLUDENTE – o fato da injúria ter ocorrido em campo de futebol não afasta o crime, posto que a legislação se aplica aos campos de futebol, não se podendo equipará-lo a local onde as leis do país não se aplicam – usos e costumes não derogam lei e ainda que não se tragam aos tribunais ofensas e crimes praticados nestes locais não há que falar-se em inexistência de crime.

PENAS – fixadas na sentença no mínimo legal – regime mais brando e substituição da pena carcerária de forma adequada por pena de prestação pecuniária – valor do dia-multa condizente com o ganho do apelante.

PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – condenação ilegal por extrapolar o teto legal de 360 salários-mínimos – natureza de “multa reparatória”, circunstância que impõe que seja destinada à vítima, só podendo destinar-se à entidades com destinação social quando inexistir dano a reparar ou vítima imediata ou dependentes – caso onde a destinação à entidade, existindo dano e vítima imediata, além do prejuízo à própria vítima, traz prejuízo indireto ao réu, que não poderá abater tal valor de eventual condenação em ação de reparação civil – valor da prestação pecuniária não está relacionada à gravidade do crime ou situação econômica do réu – condenação que deve ter por parâmetro a eventual condenação na reparação – reparação que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

engloba não só danos materiais, mas também danos morais, como no caso dos autos – provimento parcial para reduzir a prestação pecuniária para 100 salários-mínimos.

Ao relatório da r. sentença¹, proferida pela Dr^a. Teresa de Almeida Ribeiro Magalhães², que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 140, § 3º, do Código Penal³, à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária equivalente a 500 salários mínimos à entidade pública ou privada com destinação social.

O réu apelou⁴ alegando preliminarmente a imprescindibilidade da formulação de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/90. No mérito pede a absolvição em razão da inexistência de prova do *animus injuriandi* e subsidiariamente a desclassificação do delito para o previsto no artigo 140, *caput*, do Código Penal, a redução do valor do dia-multa e o número de salários mínimos aplicados na substituição da pena restritiva de liberdade.

Apresentadas contrarrazões⁵.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁶ pelo provimento parcial ao recurso.

É o relatório.

Inicialmente no tocante à preliminar arguida de necessidade de propositura da suspensão condicional do processo não merece prosperar.

¹ Folhas 540.

² 18ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo.

³ Fato ocorrido em 15/04/2010.

⁴ Folhas 574.

⁵ Folhas 617.

⁶ Folhas 670.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Tem-se que a propositura da suspensão condicional do processo se trata de uma faculdade da qual o Ministério Público pode fazer uso, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/90. Ora, caso o magistrado de primeiro grau entendesse que a suspensão era cabível deveria ter feito uso do disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal, nos termos da Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal. Ademais referida oferta foi negada de forma justificada⁷.

Dessa forma, afasta-se a preliminar aventada.

No mérito a prova oral confirmou a materialidade do delito ao demonstrar que foram proferidas palavras injuriantes raciais à vítima, qual seja, “macaco do caralho”

Quanto à autoria o réu⁸ confessou que chamou a vítima de “macaco do caralho”, após escanteios, em intervenções normais. Disse que estava arrependido. Afirmou que tal situação se deu em uma partida de futebol após ter recebido uma cabeçada da vítima.

Em que pese ter o réu alegado ausência do tipo subjetivo, confirmou a autoria da conduta típica em juízo.

A confissão judicial isenta de vícios e coações, fornece elemento seguríssimo de prova, que por si só serve de lastro a condenação, exceto se provada sua insinceridade por outros elementos de convicção, sem o que a prova incriminatória se apresenta sólida e robusta, autorizando a confirmação do édito condenatório, visto que, como explica JÚLIO FABBRINI MIRABETE⁹, *“a confissão livre, espontânea e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos é suficiente para a condenação, máxime quando corroborada por outros elementos”*.

Destaca-se que se mostra indiferente a intenção do autor ao realizar a confissão. De acordo com Q. T.

⁷ Folhas 559.

⁸ Folhas 426.

⁹ Processo Penal Interpretado – 7ª ed. – São Paulo: Atlas – 2.000 – p. 469.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

DE CAMARGO ARANHA¹⁰ *“o que importa na confissão é a voluntariedade, sendo totalmente indiferente que o confitente haja ou não desejado o efeito resultante do ato e que tenha ou não consciência desse efeito. Investiga-se apenas se a confissão foi feita sem erro ou coação. O que se confessa é a autoria de um fato, que deve ser pessoal e próprio do confitente, isto é, dizer-lhe respeito. Só havendo confissão, conhecida também, como a 'rainha das provas', quando o fato for desfavorável ao confitente”.*

Ressalta FRANCESCO CARNELUCCI¹¹

que *“não há no processo penal uma prova mais preciosa do que o testemunho do imputado. (...) O maior valor do testemunho do imputado está certamente na hipótese da confissão, isto é, em sua admissão do caráter de réu. (...) Visto que, segundo a experiência, é muito raro o caso em que uma pessoa invente fatos em prejuízo próprio, a confissão sempre foi considerada, também em matéria civil, uma prova segura; por isso, costuma-se chamá-la a rainha das provas”.*

Acrescenta FERNANDO DA COSTA

TOURINHO FILHO¹² que: *“considerada como regina probationum (rainha das provas), não é de se estranhar a fala de Ulpiano, no sentido de que 'os que confessam em juízo devem ser tidos como julgados' (In juri confessi pro judicatis habetur)”.*

Porém, há possibilidade de
insinceridade na confissão judicial.

Por isso anota o mesmo doutrinador¹³

que *“a experiência tem mostrado que à confissão não se pode, nem se deve, em princípio, atribuir absoluto valor probatório. (...) para sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou discordância”.*

Este é o entendimento atual em que, embora se reconheça a importância da confissão judicial, seu valor deverá ser analisado pelo juiz dentro de todo o contexto probatório, dada a necessidade da busca da verdade real para embasar a condenação, um dos corolários do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, já decidiu o C.
Superior Tribunal de Justiça:

¹⁰ Da Prova no Processo Penal – São Paulo: Saraiva – p. 79.

¹¹ Lições sobre o Processo Penal. Vol. 1 – 1ª ed. – Bookseller Ed – p. 312.

¹² Processo Penal – Vol. 3 – 3ª ed. – Bauru: Ed. Jalovi – p. 172.

¹³ Ob. cit. – p. 172 e 174.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. POSSE ILÍCITA DE ARMA. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CONFISSÃO. VALOR ABSOLUTO. CONDENAÇÃO MOTIVADA NÃO SÓ NA CONFISSÃO, MAS, TAMBÉM, NA APREENSÃO DA ARMA E NA PALAVRA DOS POLICIAIS QUE PRENDERAM EM FLAGRANTE O PACIENTE. ILEGALIDADE PATENTE. AUSÊNCIA. No contexto do Estado Democrático de Direito, não há falar em caráter tarifário da prova. Assim, o juízo de certeza que deve embasar a condenação criminal lastreia-se no conjunto probatório. Na espécie, além da confissão do paciente, militaram em seu desfavor a apreensão da arma, além da palavra dos policiais que o prenderam em flagrante. Não bastasse, de maneira analítica, a sentença ainda cuidou de examinar a insubsistência da tese defensiva, de que o paciente teria se servido da arma para o eficaz exercício profissional de transportador. Nesse contexto, tem-se por motivada a sentença condenatória. Ordem não conhecida”¹⁴.

No mesmo sentido são as decisões do Pretório Excelso, que há muito tempo vem adotando o mesmo entendimento.

“CRIME CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL. O PRINCÍPIO BASILAR DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO É O DO LIVRE CONVENCIMENTO, AS CONFISSÕES JUDICIAIS OU EXTRAJUDICIAIS VALEM PELA SINCERIDADE COM QUE SÃO FEITAS OU VERDADES NELAS CONTIDAS. PRECEDENTES. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO”¹⁵.

“Recurso em Habeas Corpus recebido como Habeas Corpus. Princípio do livre convencimento motivado do Juiz. Valoração de provas. Confissão. Princípio do favor rei. 1. Recurso em habeas corpus, interposto contra acórdãos já transitados em julgado, que não observa os requisitos formais de regularidade providos no artigo 310 do RISTF, mas que merece ser recebido como habeas corpus. 2. Não constitui reexame de matéria fático-probatória a análise, em cada caso concreto, da força probante dos elementos de prova relativos a fatos incontroversos. 3. Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça

¹⁴ STJ – HC 135326/SP – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 04/12/2012.

¹⁵ STF – RC 1255/RJ – rel. Min. Cordeiro Guerra – j. 20/08/1976.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova. 4. Tem-se, assim, que a confissão do réu, quando desarmônica com as demais provas do processo, deve ser valorada com reservas. Inteligência do artigo 197 do Código de Processo Penal. 5. A sentença absolutória de 1º grau apontou motivos robustos para pôr em dúvida a autoria do delito. Malgrado a confissão havida, as demais provas dos autos sustentam, quando menos, a aplicação do princípio do favor rei. 6. Habeas corpus concedido”¹⁶.

No caso dos autos não existe qualquer prova ou indício que indique insinceridade, ficando patente a validade da confissão realizada para lastrear o decreto condenatório.

Além da confissão do réu, existe o restante da prova oral.

A testemunha Luiz¹⁷ afirmou que ouviu o momento em que o réu xingou a vítima de “macaco do caralho”, momento em que o arbitro interveio, sendo que posteriormente o réu investiu fisicamente contra a vítima, cuspidando em seu rosto.

A testemunha Marcos¹⁸, goleiro do Palmeiras, disse que no momento do ocorrido teve sua atenção voltada para o escanteio e que não presenciou qualquer conduta da vítima que levasse a conduta do réu.

Como visto as testemunhas narram à ocorrência da injúria com conotação racial.

As testemunhas de defesa¹⁹ referem-se ao fato de a mulher do réu ser negra e que o mesmo não agiu de forma discriminatória.

¹⁶ STF – RHC 91691/SP – rel. Min. Menezes Direito – j. 19/02/2008.

¹⁷ Folhas 365.

¹⁸ Folhas 421(audiovisual).

¹⁹ Folhas 343, 420 e 422 (audiovisual).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Observa-se que o fato da mulher do réu ser negra não ilide a conduta perpetrada contra vítima, a qual se sentiu discriminada. Neste sentido a testemunha Luiz afirmou que a vítima mostrou-se abalada e triste, após os fatos, no vestiário, bem como passado tempo do ocorrido.

Portanto a prova oral colhida aponta para a autoria do delito por parte do réu.

Ademais, cumpre observar que o crime de injúria prescinde de especial motivação.

Aqui retorna a discussão acerca da existência ou não do chamado dolo específico, no tocante à exigência do chamado dolo específico de injuriar.

Como esclarece RENÉ ARIEL DOTTI²⁰ ainda existem doutrinadores ligados à doutrina clássica, onde o dolo e a culpa não estariam no tipo, que aceitam a existência do dolo específico²¹, apesar de ter sido acolhida a teoria finalista desde 1984, teoria esta onde o dolo específico perde sentido diante da constatação de que toda e qualquer ação é uma ação final.

O mesmo autor cita FERRI, afirmando que ele *“já denunciava o equívoco desta classificação em termos irreduzíveis, esclarecendo que o dolo específico (consistindo no fim proposto pelo delinquente) é, em cada crime, inseparável do dolo genérico (consistindo na intenção e na vontade), porque ninguém (exceto nos casos de ação inconsciente) age sem escopo a conseguir, isto é, sem motivo determinado”*.

Desta forma, exceto se adote a teoria clássica, não vigente no mais a mais de 30 anos, não há que se exigir dolo específico.

O fim especial da conduta hoje só é exigível quando presente o elemento subjetivo do tipo. Ora, na injúria existe apenas o dolo natural, não existindo elemento subjetivo no tipo.

²⁰ *Curso de Direito Penal* – 5ª ed. – São Paulo: RT – 2013 – p. 415.

²¹ Definido como se revela uma particular direção da conduta ou um fim especialmente visado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Portanto, uma vez comprovado que o réu realmente proferiu as palavras em questão, deve-se perquirir que a intenção foi ofender a honra da vítima ou, se ao contrário, não tratou se ausente tal intenção, como ocorre no caso em que o autor busca brincar com a vítima. No caso dos autos patente a intenção de ofender a vítima, tanto que além de proferir palavras ofensivas de cunho racista, posteriormente aproximou-se da vítima e lhe cuspiu. Desta forma não há como afastar-se a condenação.

O fato de que tal ofensa ocorreu durante uma partida e que o réu não teria, nas palavras da defesa, reprovabilidade moral, porque ausente o dolo específico consistente no *animus injuriandi*, não se encontra de acordo com a teoria penal adotada no país a mais de 30 anos.

Muito fácil a prática de injúria racial e depois a alegação de que tudo não se passava de um impulso praticado durante partida de futebol.

Atualmente se verifica inúmeros casos de injúrias raciais praticadas dentro de estádios de futebol, tanto por espectadores, como por jogadores, onde se busca, posteriormente, encobrir a odiosa distinção racial, sob argumentos deste naipe.

Neste sentido possível afirmar-se que no calor de uma discussão aquele que mata alguém não tem dolo de homicídio, porque não quis ofender a vida, mas agiu apenas de impulso.

Ora, segundo a teoria do conhecimento, havendo uma hipótese onde a preposição se mostra absurda, inviável a aplicação do mesmo raciocínio para outras hipóteses.

Também não assiste razão na alegação de que envolvendo jogos de futebol, os fatos são avaliados diferentemente, no sentido de que “o que acontece no campo, fica no campo”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Tal argumento faz parecer que os campos de futebol são locais fora da sociedade e portanto neles não se aplicam as regras da sociedade, entre elas o direito, tal qual o caso narrado por LON FULLER, no livro *O caso dos exploradores de caverna*.

Isso além de absurdo, posto que deriva diretamente da soberania do país a aplicação da direito nacional em todo o território, inclusive campos de futebol, levaria a aceitar-se a prática de crimes nestes locais como algo normal.

A alegação de que todos, inclusive jogadores de futebol, acreditam que agressões, xingamentos e outras condutas criminosas perdem a ilicitude, desde que praticada em campos de futebol é, no mínimo, esdrúxula.

JÜRGEN HABERMAS, que em suas obras *Teoria do agir comunicativo* e *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, desenvolve a existência do mundo da vida (criado a partir de ideias LUHMANN) e dos sistemas, sendo estes considerados como uma unidade de ação operacionalmente fechados para as próprias operações. Neste sentido o direito é um sistema.

Fala HABERMAS que dentro do munda da vida (mundo real e não ideal) o agir comunicativo é compartilhamento por uma comunidade linguística de valores. Desenvolve que tanto o munda da vida “coloniza” os sistemas, visto que levam para estes os valores que adotam; como os sistemas “colonizam” o munda da vida alterando os valores, não por um agir comunicativo, mas por uma imposição.

Ora, o ponto central é que a colonização do mundo da vida pelo sistema seja feito com legitimidade, ou seja, a força tenha legitimidade. Neste sentido me parece óbvio que o direito, elaborado por legisladores com legitimidade, posse alterar o munda da vida.

Aliás, não me parece que dentro de um agir comunicativo entre toda a sociedade a maioria entenda



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

que existe possibilidade de, em um determinado lugar, serem praticados crimes e que em razão do local tais fatos percam sua antijuridicidade.

Assim, ainda que exista um “acordo social” para que os campos de futebol tornem isentos de responsabilidade por crimes contra a honra e contra a integridade física, utiliza-se do direito como sistema para colonizar o munda da vida, mudando, mesmo sem um agir comunicativo, a vida social para que em todos os locais não se ofenda a honra e a integridade física de quem quer que seja.

Afastam-se os argumentos da defesa neste sentido.

Também totalmente inconsistentes os argumentos de que não se costuma levar aos tribunais casos de crimes contra a honra e contra a integridade física praticados em campos de futebol.

Ora, conforme se aprende nas primeiras lições de uma faculdade de direito, normalmente na matéria introdução do direito, o costume não derroga lei.

O fato de não se levar ao conhecimento da Justiça a prática de crimes não afastam sua ilicitude.

Desta forma afastam-se os argumentos da defesa neste sentido.

No tocante à existência de retorsão, onde a ofensa praticada pelo réu foi em resposta a ofensa praticada pela vítima, observa-se que as testemunhas Marcos e Luiz negam tal fato.

Luiz, narrando as ofensas, indica que *“não houve nenhuma provocação por parte da vítima ao réu”*. Ora, ainda que tenha ocorrido agressão ou mesmo ofensas anteriores, não se deram no momento da ofensa.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Neste ponto não cumpriu a defesa com a regra do ônus de prova.

Destaca-se, quanto ao ônus de prova, que cabe à acusação a prova dos fatos que ela alega. Produzida prova neste sentido, cumprido está o ônus de prova que lhe era imposto.

Neste caso, existindo alegação da defesa que se contrapõe à prova de acusação produzida, quer por indicar que os fatos se deram de forma diversa, quer por aduzir a presença de uma excludente, a ela incumbe à demonstração do alegado.

FRAMARINO DE MALATESTA²², neste sentido, afirma que *“o princípio ontológico coloca o ônus de prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, do acusados e acusado, antes da produção de provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar a sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção do acusador, emite simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não prova, sendo a presunção da verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado”*.

GUSTAVO BADARÓ²³ reforça tal entendimento ao declarar que o ônus de prova é uma *“posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica na exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito”*.

Este é o caso dos autos onde presente está a prova de acusação e a defesa nada demonstrou acerca dos argumentos alegados.

Assim esta versão apresentada pelo réu apresenta-se desamparada de provas, provas estas que lhe incumbia produzir, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal. Como nada produziu, afasta-se.

²² A Lógica das Provas em Matéria Criminal – Campinas: Conan – 1995 – v. I – p. 145-146.

²³ Ônus da prova no processo penal – São Paulo: Editora RT – 2003 – p. 173.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

ESPÍNOLA FILHO²⁴, que depois de frisar que o juiz pode de ofício, determinar provas, lembra que *“mantém-se, entretanto, e a isso devem as partes dar a devida atenção, no sentido de ser aquela iniciativa do juiz orientada para a apuração do que, no seu entender, se torna necessário ao esclarecimento completo da verdade, quer dirimindo dúvidas ainda não solucionadas, quer suprimindo a falta dos elementos indispensáveis”*.

Neste sentido a defesa não supriu a falta dos elementos indispensáveis para a realização da prova, visto que não indicou testemunhas, nomes, endereços ou quaisquer provas ou indícios que roborassem o alegado.

Como complementa o festejado autor, na interpretação do mesmo Dispositivo Legal, *“urge tenham a acusação e a defesa presente ser dever seu a prova das respectivas alegações, sem esperarem venha o juiz, de ofício, a fazer o que não fizeram elas. O descaso poderá trazer-lhe amargas decepções”* ²⁵.

Assim não pode alegar a defesa que por seu descaso, o fato por ela alegado e não provado, deve ser aceito em nome da “busca da verdade real” ou do “princípio da presunção de inocência”.

Assim deve-se afastar a versão do réu por falta de provas da ofensa por parte da vítima.

Aliás, ainda que verdade que a vítima houvesse agredido fisicamente o réu, não há que falar-se em retorsão, posto que esta só se aplica em crimes contra a honra.

A retorsão, prevista no artigo 140, §1º, II, do Código Penal, configura-se no caso onde uma pessoa pratica uma injúria e o injuriado, **imediatamente**, ofende o injuriador com outra injúria.

No caso dos autos existe a alegação de que a vítima teria dado uma cabeçada contra o réu que revidou com a ofensa. Neste caso não seria a hipótese de retorsão, visto que ambas as hipóteses do artigo 140, §1º, do

²⁴ In: “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado” – edição histórica – Rio de Janeiro: Editora Rio – 1980 – vol. I – p.455.

²⁵ Ob. Cit. – p. 455.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Código Penal só se aplicam quando o ato do ofensor for outra injúria.

Tanto assim que CEZAR ROBERTO BITENCOURT²⁶ tratando da matéria afirma que as hipóteses do retorsão e da ofensa ter sido injustamente causada por conduta da vítima, além de só se aplicarem a crimes de injúria, tem características semelhantes às lesões recíprocas, não se tratando de legítima defesa – posto que no caso as agressões seriam pretéritas, o que afasta sua aplicação – e que no tocante às lesões não há excludente.

Em suma, ainda que a vítima tenha dado uma cabeçada no réu, não existe exclusão para que o réu a ofenda, posto que não se trata de resposta a outra injúria. Também não seria legítima defesa, posto que ela inexistente contra agressão pretérita.

O réu alega também que a vítima o havia ofendido anteriormente, o chamando de “viado”. Neste caso possível a retorsão, em tese. Porém, no caso dos autos, esta ofensa não teria sido imediatamente anterior à ofensa praticado pelo réu, o que afasta o perdão judicial.

Desta forma a condenação do réu é de rigor.

No tocante a pena a mesma foi fixada no mínimo legal.

Na segunda fase presente a atenuante da confissão, no entanto sem repercussão visto que a pena se encontra no patamar mínimo legal.

Destaca-se que nos termos da Súmula 231 do E. Superior Tribunal de Justiça “*a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

A pena carcerária foi substituída,

²⁶ *Tratado de Direito Penal* – 14ª ed. – São Paulo: Saraiva – 2014 – v. II – p. 369.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

nos termos do artigo 44 e seguintes do Código Penal, por prestação pecuniária equivalente a 500 salários mínimos à entidade pública ou privada. Insurge-se a defesa com relação ao valor aplicado.

Ao tratar da prestação pecuniária CEZAR ROBERTO BITENCOURT²⁷ afirma que *“a finalidade dessa sanção, segundo a dicção do texto legal, é reparar o dano pela infração penal. Tanto é verdade que o 'valor pago' deverá ser 'deduzido do montantes de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários' (art. 45, §1º). Teria sido mais adequado defini-la como 'multa reparatória', que é a sua verdadeira natureza”*.

FERNANDO GALVÃO²⁸ ao tratar dos beneficiários da prestação pecuniária afirma que *“na prestação pecuniária é, em regra, a vítima ou seus dependentes. A prestação pecuniária resulta da tendência moderna de valorizar o papel da vítima no sistema repressivo, a qual decorre do entendimento de que a reparação dos danos impostos pelo crime interessa mais à sociedade que à vítima imediata da ação delitiva. A perspectiva da reparação dos danos causados pelo crime não está restrita aos danos materiais, sendo possível que a prestação pecuniária também venha a atender aos interesses da reparação dos danos morais sofridos pela vítima”*.

Ora, sendo a prestação pecuniária verdadeira multa reparatória, deve ela ser destinada à vítima. Afastar tal endereçamento prejudica indiretamente o réu, que teria tal valor abatido de eventual condenação cível pelos prejuízos causados pelo crime.

Tanto assim que CEZAR ROBERTO BITENCOURT²⁹ afirma que *“preferencialmente, o montante da condenação, nesta sanção, destina-se à vítima ou a seus dependentes. Só, excepcionalmente, em duas hipóteses, o resultado dessa condenação em prestação pecuniária poderá ter outro destinatário: (a) se não houver dano a reparar ou (b) não houver vítima imediata ou seus dependentes. Nesses casos e, somente nesses casos, o montante da condenação destinar-se-á a 'entidade pública ou privada com destinação social'. A excepcionalidade dessa possível destinação secundária prende-se ao caráter indenizatório que referida sanção traz na sua finalidade última”*.

Assim, de início, fica que a prestação pecuniária deve reverter para a vítima da ofensa, prejudicado imediato pela conduta do réu.

²⁷ Tratado de Direito Penal – 20ª ed. – São Paulo: Saraiva – 2014 – v. I – p. 670.

²⁸ Direito Penal: parte geral – 5ª. Ed. – São Paulo: Saraiva – 2013 – p. 607.

²⁹ Tratado de Direito Penal – 20ª ed. – São Paulo: Saraiva – 2014 – v. I – p. 670.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Quanto ao valor da prestação observa-se, de plano, a ilegalidade praticada na r. sentença. O artigo 45, §1º, do Código Penal prevê que a prestação pecuniária será fixada em valor não inferior a um salário-mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários-mínimos. Desta forma a fixação em quinhentos salários-mínimos é nitidamente ilegal.

Para a fixação do valor deve-se ter como parâmetro a possível fixação de indenização cível, visto o caráter reparatório da prestação pecuniária.

Esta é a conclusão a que chega FERNANDO GALVÃO³⁰ ao dizer que *“a definição do valor da prestação pecuniária não está relacionada à gravidade do crime ou situação econômica do condenado, como no caso da multa. Permitindo que o valor pago da prestação pecuniária seja deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, a parte final do referido dispositivo legal indica que para a definição do valor da prestação o juiz deverá ter em conta o valor estimado para os danos causados pelo crime”*.

No caso dos autos não houve dano material à princípio, mas apenas dano moral.

O crime causou grande repercussão – fato notório e que portando independe de prova nos autos, visto a grande vinculação do ocorrido pela imprensa – estando ligado a injúria racial. Também relevante a circunstância de ter ocorrido em estádio de futebol onde a conduta do réu poderia servir de estímulo para que terceiros também a praticassem. Desta forma fixo a prestação pecuniária em 100 salários-mínimos.

Quanto à multa pecuniária destaca-se que existem dois momentos para a sua fixação. O primeiro leva em conta as circunstâncias do crime e a culpabilidade apresentada na prática da conduta e o segundo leva em conta a capacidade econômica do réu.

No primeiro momento se fixa a quantidade dos dias-multa e no segundo o valor dos mesmos. Bate-se a defesa pelo valor fixado para cada dia-multa.

³⁰ *Direito Penal: parte geral* – 5ª. Ed. – São Paulo: Saraiva – 2013 – p. 605.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

O réu, quando ouvido em juízo afirmou ser atleta profissional e que trabalha na Itália. Na época dos fatos disse perceber cerca de 80 salários-mínimos. Ora, supondo-se que mudou-se para a Itália para obter um ganho superior – também é notório que a mudança de jogadores de times grandes para o exterior é para maior ganho quando os jogadores ainda estão no auge, como é o caso dos autos. Logo, a fixação do dia-multa em 100 salários-mínimos mostra-se razoável.

O regime fixado foi o aberto, sendo inviável qualquer alteração em prol da defesa.

Ante o exposto, afastada a preliminar, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso, para reduzir o valor da prestação pecuniária para 100 salários-mínimos, que deverão ser destinados à vítima, mantendo-se no mais a r. sentença.

LAURO MENS DE MELLO
Relator