



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**

Registro: 2017.0000366767

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do(a) Apelação nº 0040100-22.2015.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J.R.F.M., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "afastada a preliminar, CONHECERAM e DERAM PROVIMENTO ao recurso de apelação para reformar a r. sentença e absolver o apelante J.R.F.M. da imputação do crime de calúnia contra funcionário público no exercício da função, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente), ALBERTO ANDERSON FILHO E FREITAS FILHO.

São Paulo, 24 de maio de 2017.

**FERNANDO SIMÃO
RELATOR
Assinatura Eletrônica**

2

VOTO nº 11349

APELAÇÃO nº 0040100-22.2015.8.26.0050

COMARCA: São Paulo 13ª Vara Criminal



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO**

São Paulo

Apelante: J.R.F.M.

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

Calúnia contra funcionário público no exercício da função em concurso formal Recurso defensivo buscando, preliminarmente, o reconhecimento da inépcia da denúncia e, no mérito, a absolvição por insuficiência probatória ou por atipicidade da conduta e, subsidiariamente, a redução da pena Preliminar afastada Absolvição que se impõe Provas frágeis a comprovar o dolo específico em macular a honra das vítimas Conduta praticada com *animus defendendi*

Inteligência do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal Apelo provido.

Adotado o relatório da r. sentença de fls. 439/443 e 454/455, acrescenta-se que o réu **J.R.F.M.** foi condenado, como incursão no art. 138, c.c. o art. 141, inciso II, por duas vezes, na forma do art. 70, todos do Código Penal, à pena de 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime aberto, e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária, no valor de 10 (dez) salários mínimos.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO**

São Paulo

Inconformado, apelo o réu buscando, preliminarmente, o reconhecimento da inépcia da denúncia e, no mérito, a absolvição por insuficiência probatória, por atipicidade da conduta e, subsidiariamente, a redução da pena (fls. 459/518).

Processado o recurso, nesta instância, o parecer da douta Procuradoria de Justiça é pelo não provimento do apelo (fls. 549/554).

É o relatório.

A arguição de inépcia da denúncia não merece guarida, uma vez que cumpriu as formalidades legais, de acordo com o art. 41 do Código de Processo Penal, de modo a possibilitar a plena e ampla defesa. Disso resta evidente que todos os princípios do processo legal foram observados.

Afastada a preliminar, passa-se a análise do mérito.

O presente apelo comporta provimento.

Em que pese a conclusão da r. sentença, a prova constante nos autos não autoriza o desate condenatório.

Analisando o conjunto probatório, principalmente as mídias, não está devidamente demonstrado que a intenção do apelante em imputar diretamente à pessoa da Magistrada e do Promotor de Justiça o



São Paulo

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO**

4

crime de racismo.

Extrai-se dos autos que o apelante estava atuando como defensor em causa própria em ação penal que lhe era atribuída a prática de crime de estelionato. Tudo transcorria normalmente durante a audiência, até que de forma inusitada a Magistrada determinou a ele que se retirasse da sala a fim de que a vítima prestasse suas declarações.

Absolutamente descabido o procedimento na condução da audiência. A Magistrada, sem justificativa plausível, cerceou o direito de defesa do acusado, mesmo porque em um simples processo de estelionato, nada estaria a impor constrangimento a quem quer que seja, tão pouco a pessoa da vítima.

Pretender que o Defensor exercitasse a ampla defesa posteriormente, com postergação do contraditório, é de todo inadmissível, e dessa forma o protesto do acusado na condição de Advogado, foi plenamente justificado. Realmente era de ficar pasmo com tamanhos equívocos na condução dos trabalhos em audiência.

Na sua legítima reação, o *animus defendendi*, o acusado



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO**

São Paulo

foi praticamente compelido pela Magistrada a repetir perante a câmera de gravação, palavras ditas anteriormente em momento de exaltação.

Todavia, na questão técnica de fundo quanto ao tipo penal constante da peça incoativa, reveste de fundamental importância o fato de

5

em nenhum momento o apelante ter se dirigido especificamente à pessoa do Promotor de Justiça ou à pessoa da Juíza de Direito. Limitou-se a dizer que estava acontecendo um preconceito institucional, donde pode ser afirmado que inexistiu a tipificação, porque não há na espécie o sujeito subjetivo certo e determinado.

Pelo exame atento das provas, em especial pela audição da mídia em que está gravada a fatídica audiência (fls. 387), é possível concluir que não houve *animus caluniandi* na conduta do réu, pois ele foi categórico em afirmar, em todas as oportunidades em que foi questionado, que, na realidade, ele estava sendo vítima de “**racismo institucional**”, o que impõe entender a ausência de dolo direto e a inexistência do crime. Vejamos:

O apelante afirmou naquela oportunidade: “*Uma vez que o Juízo esta impedindo que o Advogado em causa própria assista ao depoimento da pretendida vítima reafirmo o que foi afirmado em habeas corpus que estou sendo vítima de processo em que incide racismo*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO**

São Paulo

institucional por parte do Estado, uma vez que o Estado está promovendo uma ação criminal de um trabalho lícito, correto, executado durante 30 meses sob a falsa imputação de um estelionato. Os documentos que constam nos autos, comprovando a prestação de serviço, comprovando a cobrança parcial dos honorários de Advogado, e o Ministério Público sem ler com a devida atenção aos documentos juntados no Inquérito Policial fez uma esdruxula denúncia, sem fundamento legal, que foi recebida nesse Digno Juízo, sem fundamento legal, na fase do art. 397 do Código de

Processo Penal, esse juízo deixou de apreciar as provas constantes nos autos e isso só pode ter uma razão, que vem lá da origem do Inquérito Policial. Uma denúncia em racismo, em que as autoridades estão deixando de cumprir o devido processo legal para imputar a um trabalhador, 61 anos de idade, 36 anos de profissão, que jamais respondeu a qualquer inquérito policial, a qualquer lesão a patrimônio de quem que seja. (...)” Ainda, “registro como protesta, uma vez que o Digno Juízo numa ação que não envolve nenhum indício de violência, nenhum indício de ameaça as vítimas ou às pretensas vítimas, impeça o advogado em causa própria de ouvir a oitiva e formular as reperguntas necessárias dirigidas a elucidar o Digno Juízo, que é o único objetivo deste advogado em defesa de causa própria. Elucidar o Juízo para que se pratique Justiça e para que não se consolide o racismo institucional apontado, em que as pessoas pretas e pardas neste



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO**

São Paulo

País recebem um tratamento discriminatórios dos poderes estatais: na saúde, na Justiça, na Segurança Pública”.

A corroborar, em juízo, a testemunha de acusação Fernando Luís de Pontes, escrevente judiciário presente na sala de audiência no dia dos fatos, disse que o réu atuava em causa própria e, após não concordar com a decisão da Magistrada, alegou que o processo era resultado de racismo institucional. Não se recordou se a ofensa foi dirigida diretamente ao Promotor ou à Magistrada. Ainda, não conseguiu distinguir a ofensa dirigida ao exercício da função da ofensa pessoal.

Ainda é de se dizer que o fato de o réu ter agido com *animus* de defender um direito, de externar divergências de cunho

profissional, ainda que de forma mais contundente, não configura o crime de calúnia, pois não há a comprovação de ter havido a intenção clara de provocar a ofensa moral.

Como é cediço, sabe-se que para a configuração do referido crime, há necessidade da comprovação do dolo. A doutrina nos ensina que:



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO**

São Paulo

“9. Elemento subjetivo do tipo: pune-se o crime quando o agente agir dolosamente. Não há a forma culposa. Entretanto, exige-se, majoritariamente (doutrina e jurisprudência), o elemento subjetivo do tipo específico, que é a especial intenção de ofender, magoar, macular a honra alheia. Este elemento intencional está implícito no tipo”. (Nucci, Guilherme de Souza Código Penal Comentado, 14ª edição, editora Forense, pág. 746).

“Dolo direto e eventual

Na figura do caput, o dolo pode ser direto ou eventual; na do § 1º, somente direto.

'*Animus defendendi*': ausência de dolo

Não há *animus caluniandi* na conduta de quem se limita a analisar e argumentar dados, fatos, elementos, circunstâncias, sempre de forma impessoal, sem personalizar a interpretação. Na verdade, postura comportamental como essa caracteriza tãosomente o *animus defendendi*, na qual não há a visível intenção de ofender.

8

(...)

Elemento subjetivo especial: '*animus caluniandi*'

Além do dolo, é indispensável o *animus caluniandi*, elemento subjetivo especial do tipo, que parte da doutrina entende



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO**

São Paulo

desnecessário. A calúnia exige, afinal, o especial fim de caluniar, a intenção de ofender, a vontade de denegrir, o desejo de atingir a honra do ofendido, que, se não existir, não tipificará o crime”.

(Bitencourt, Cézar Roberto Código Penal

Comentado, 4^a edição, editora Saraiva, pág. 533).

“*Animus caluniandi*: Se a intenção era outra, como defender alguma coisa, narrar, criticar, etc., não se configura a calúnia, ainda que as palavras, frases ou expressões, analisadas objetivamente, sejam aptas a ofender (TRF da 4^a R. RT 818/720)” (Demanto, Celso Código Penal Comentado, 8^a edição, editora Saraiva, pág. 505).

Ante o exposto, por meu voto, afastada a preliminar, **CONHEÇO e DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação para reformar a r. sentença e absolver o apelante **J.R.F.M.** da imputação do crime de calúnia contra funcionário público no exercício da função, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

FERNANDO SIMÃO
Relator