



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000892574

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 150038498.2021.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante -----, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a matéria preliminar , deram parcial provimento ao recurso para, mantida a condenação de ----- por incurso no artigo 140, § 3º, c.c. artigo 141, inciso III, do Código Penal, reduzir-lhe as penas a 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão mais 13 dias-multa, mantida no mais a r. sentença. V.U.** , de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MENS DE MELLO (Presidente sem voto), FERNANDO SIMÃO E FREITAS FILHO.

São Paulo, 16 de outubro de 2023.

IVANA DAVID

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 28765

Apelação nº 1500384-98.2021.8.26.0050 São Paulo

Apelante: ----- Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

EMENTA _ SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO DELITO DE INJÚRIA QUALIFICADA (ART 140, §3º, DO CP) _ INSURGÊNCIA DEFENSIVA _ PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL E DE RECUSA INJUSTIFICADA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, ALÉM DE INOBSERVÂNCIA AO ART. 28-A, §14 _ PLEITOS DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA INJÚRIA SIMPLES E DE REDUÇÃO OU EXCLUSÃO DA PENA PECUNIÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL BEM RECONHECIDA NA HIPÓTESE, AUSENTE DEMONSTRAÇÃO DE QUE AS OFENSAS DIZIAM RESPEITO A FATOS RELACIONADOS AO EXERCÍCIO DO MANDATO LEGISLATIVO FEDERAL DO OFENDIDO. RECUSA EM PROPOR O ACORDO DE NÃO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*PERSECUÇÃO PENAL BEM MOTIVADA, INAPLICÁVEL O INSTITUTO AO CRIME EM REFERÊNCIA, NÃO SE VISLUMBRANDO VIOLAÇÃO AO ARTIGO 28-A, §14, DO CPP PRELIMINARES REJEITADAS.
AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS BEM PROVADAS – PALAVRAS DA VÍTIMA QUE MERECEM PRESTÍGIO CONDENÇÃO MANTIDA, REVELANDOSE INEQUÍVOCO O DOLO DO AGENTE – DOSAGEM DAS PENAS QUE MERECE REPAROS TÃO SOMENTE PARA APLICAR A ATENUANTE PREVISTA NO ARTIGO 65, INCISO I, DO CP – REGIME INICIAL BEM FIXADO, CONCEDENDO-SE A BENESSE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – ALEGAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA RELATIVAMENTE À PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA QUE DEVERÁ SER DEDUZIDA PERANTE O JUÍZO DA EXECUÇÃO RECURSO PROVIDO EM PARTE.*

Ao relatório da r. sentença (fls. 334/337) proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Marcello Ovídio Lopes Guimarães, ora fazendo parte integrante deste, acrescenta-se que o réu ----- foi condenado como incurso no artigo 140, § 3º, c.c. artigo 141, inciso III, do Código Penal, às penas de 1 ano, 5 meses e 10 dias de reclusão, no

2

regime inicial aberto, mais 13 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de dez salários mínimos, facultando-se a ele o direito de recorrer solto.

Apelou a Defesa. Preliminarmente, acenou com a incompetência da justiça estadual, ao argumento de que o ofendido era deputado federal à época dos fatos e o delito foi praticado em razão de suas funções, aplicando-se a súmula nº 147 do STJ, cumprindo a anulação do feito e remessa dos autos à justiça federal. Aponta, ainda, afronta ao artigo 28-A e §14º do Código de Processo Penal, argumentando que o juízo *a quo* deveria ter remetido os autos ao PGJ, independentemente de



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concordância com a negativa, o que não ocorreu na hipótese. Pleiteia, assim, que os autos sejam remetidos ao órgão superior do Ministério Público, nos termos do artigo 28-A, §14º, do Código de Processo Penal. No mérito, busca a desclassificação para o crime de injúria simples, argumentando que a ofensa não teve nenhum viés racial e foi proferida em razão da atividade política do ofendido. Requer, ao final, que seja afastada ou reduzida a prestação pecuniária imposta (fls. 351/367).

Bem processado o recurso com oferta das contrarrazões (fls.373/380), subiram os autos e a d. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo afastamento das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento (fls. 404/409), vindo os autos conclusos a esta Relatora em 28 de setembro de 2023.

É o relatório.

De início, cumpre afastar as preliminares, cumprindo não

3

obstante breve relato.

Relata a denúncia que no dia 14 de outubro de 2020, às 11h13, na Rua Rego Freitas, nº 192, República, nesta Capital, ----- injuriou -----, ofendendo-lhe a dignidade, utilizando-se de elementos referentes à raça e cor, por meio de publicação na rede social *facebook*, com os dizeres “*porco, ladrão, rico em melanina*”, em situação de calamidade pública.

No dia dos fatos, o denunciado efetuou postagem em publicação no *facebook*, na página do então candidato à Prefeitura do Município de São Paulo, destacando a acusação que a vítima possui conta com aproximadamente 133 mil seguidores e que o comentário se deu em modo aberto de acesso.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No caso, sem razão a Defesa em pleitear a nulidade do processo e, conseqüentemente, a remessa à Justiça Federal.

Isso porque não há demonstração nos autos que as ofensas proferidas pelo réu na rede social *facebook* digam respeito a fatos relacionados ao exercício do mandato legislativo federal da vítima.

Nesse sentido, o entendimento da Corte Superior:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. ART. 139 DO CÓDIGO PENAL. DIFAMAÇÃO. VÍTIMA. DEPUTADO FEDERAL. CONDUTAS SUPOSTAMENTE DIFAMATÓRIAS. EXERCÍCIO DO CARGO. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA N. 147 DO STJ. INAPLICABILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO ESTADUAL SUSCITADO.

4

1. *Os comentários feitos pelo Querelado, em seu blog na rede mundial de computadores, os quais a queixa-crime entende caracterizarem o crime de difamação (art. 139 do Código Penal), apenas mencionam a condição de deputado federal do Querelante, mas não dizem respeito a nenhum fato ou ato praticados no exercício do mandato legislativo federal, ou que lhe sejam relacionados.*
2. *Situação concreta em que é inaplicável a Súmula n. 147 do Superior Tribunal de Justiça e não está presente nenhuma das demais hipóteses de competência criminal da Justiça Federal, previstas no art. 109 da Constituição da República.*
3. *Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do 6.º Juizado Especial Criminal de Londrina/PR, o Suscitado.*

(CC n. 175.496/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 25/11/2020, DJe de 2/12/2020.)”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Portanto, inaplicável na hipótese a Súmula nº 147 do E. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “*competete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função.*”

No mais, inexistente qualquer irregularidade no tocante à recusa de oferta do acordo de não persecução penal, considerando que esta se baseou na Orientação Conjunta nº 01/2020 _ PGJ/SP e CGMP/SP, que veda a utilização da justiça negociada em casos de racismo (v. fls. 247/249).

Esse também é o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal: “*Considerada, pois, a teleologia da excepcionalidade imposta na norma e a natureza do bem jurídico a que se busca tutelar, tal como*

5

os casos previstos no inciso IV do art. 28 do CPP, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não abarca os crimes raciais, assim também compreendidos aqueles previstos no art. 140, § 3º, do Código Penal (HC 154248).” (RHC 222599, Relator Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 07.02.2023).

Ademais, não há falar em aplicação automática do disposto no artigo 28, §14, do Código de Processo Penal, que assegura ao investigado a possibilidade de, em caso de recusa do Ministério Público em propor o acordo de não persecução penal, pleitear a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, seja porque não houve pedido tempestivo por parte da defesa, seja porque não se viu plausibilidade jurídica de tal requerimento na hipótese.

Nesse sentido, já decidiu este e. Tribunal de Justiça:



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“Habeas corpus. Injúria racial. Recusa em propor o acordo de não persecução penal. Indeferimento do pedido de remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça. Artigo 28-A, §14, do Código de Processo Penal. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada.” (TJSP, Habeas Corpus Criminal 2184126-54.2023.8.26.0000, Relator Luiz Fernando Vaggione, 2ª Câmara de Direito Criminal, j. em 21/08/2023).

Rejeitam-se, assim, as preliminares arguidas.

No mérito, o julgado merece reparos, mas apenas em parte.

Materialidade comprovada pelo boletim de ocorrência e pelo restante da prova colhida.

A autoria é igualmente incontestada.

6

-----, ao ser ouvido em juízo, admitiu que durante discussão, relacionada à eleição para a Prefeitura de São Paulo, escreveu as palavras indicadas na denúncia nas redes sociais. Alegou que até mesmo admira a vítima e que falou sem levar em consideração a questão racial. Disse ser mestiço e que falar de cor não faz sentido. Quis dizer que a vítima deveria ser tão inteligente quanto tem de melanina. Afirmou estar arrependido de ter falado da cor do ofendido, relatando que seu próprio apelido é *“black”*. Confirmou que também falou em desfavor do ofendido *“porco”* e *“ladrão”*.

A vítima, por sua vez, relatou que lhe foi comunicado sobre as publicações ofendidas nas redes sociais, advindas de um indivíduo que desconhecia. Contou que foi qualificado pelo indivíduo como porco, ladrão e rico em melanina. Afirmou que tem orgulho de sua condição de homem negro e de origem humilde. Disse que ao aproximar as palavras ladrão, de rico em melanina, traz realidade evidentemente racista, ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

associar o ladrão ao homem negro, em um racismo estrutural. Contou que sempre foi um homem honrado e se ofendeu muito com as injúrias publicadas em rede social. Disse que já teve denúncias contra si, na vida pública, arquivadas. Contou que os três ataques em conjunto, advindos das três ofensas, trazem conotação racista e discurso de ódio. Disse que na época dos fatos era candidato a prefeito de São Paulo e trouxe a pauta racial à campanha. Compreende a expressão 'excesso de melanina' como indicador de pessoa de pele preta.

Esse o acervo probatório colhido, que não se pode reputar insuficiente para uma condenação. Não se perca de vista que o artigo 140 do Código Penal busca proteger a honra subjetiva de pessoas determinadas, restando evidente o dolo diante do conteúdo

7

discriminatório das ofensas com referência a elementos envolvendo a raça e a cor do ofendido, uma vez que a utilização da expressão “rico em melanina” se deu logo após o acusado chamar o ofendido de “porco” e “ladrão.”

Nesse ponto, bem ponderou o juízo *a quo*: “É evidente o dolo. O fato é que houve clara ofensa, com elementos referentes à cor da pele da vítima, que se sentiu, como não poderia deixar de ser, profundamente ofendida. Evidente ainda que não se trata de injúria comum, mas sim racial. O réu, após injuriar a vítima, chamando-a de porco e ladrão, seguiu dizendo, em completa ligação consequente, a expressão “rico em melanina”. Não há dúvida da injúria racial, portanto, e como referiu o próprio ofendido, a injúria, em conjunto, poderia claramente levar à compreensão de que o rico em melanina é um porco e um ladrão. Não socorre o réu o fato de ser ou dizer ser também detentor de pele parda ou preta. Essa situação evidentemente não descaracteriza o delito, não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

havendo qualquer excludente de ilicitude ou culpabilidade em virtude dessa circunstância. Alegado arrependimento posto no interrogatório, de igual modo, não favorece o imputado, no sentido de que se mantém íntegro o delito. Também o fato das ofensas terem sido proferidas alegadamente no calor de eleições não apoia de modo algum o imputado, evidentemente não afastando a infração penal. Reitera-se que o dolo é mesmo evidente, equivocando-se a defesa ao confundir, de um lado, uma alegada filiação da vítima a partido político que não lhe apetece ou que desagrada ao acusado, e de outro lado, uma acusação qualquer, formal ou não, contra o ofendido, na sua vida pública, com a licença a qualquer pessoa que seja, de lançar ofensas graves a outrem, mormente quando tais ofensas utilizam-se de elementos referentes à cor

8

da pele do atacado. Nada justifica tal comportamento, não havendo que se confundir liberdade de expressão ou de pensamento, com liberdade de agressão física ou moral. A liberdade de expressão é profundo atributo da democracia, mas não é absoluta, como não o é qualquer outro direito, e esbarra, podendo e devendo ser limitada, nos limites constitucionais e legais, nas situações em que existem a disseminação de notícias falsas, o discurso de ódio e a prática de crimes, notadamente, na seara da liberdade de expressão, dos delitos contra a honra .”

Assim, inviável a absolvição ou desclassificação para o delito de injúria simples.

Cumprindo ainda anotar que, conforme destacou o e. Magistrado, à época dos fatos a legislação vigente não tratava da triplicação de pena ou divulgação nas redes sociais, porém já existia a causa especial de aumento de pena referente ao delito praticado na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação da injúria.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ademais, inviável a aplicação do artigo 2º-A da Lei nº 7.716/89 em observância ao princípio da irretroatividade da lei mais gravosa.

As penas foram dosadas em consonância com o sistema trifásico (art. 68 do CP), fixada a pena base acima do mínimo legal, justificadamente, em 1 ano e 2 meses de reclusão mais 11 dias-multa, destacando o MM. Juiz *a quo* que o delito foi praticado nas proximidades do pleito eleitoral, em que era o ofendido era postulante a cargo público, aumentando o seu prejuízo moral.

Não houve aqui exacerbação ilegal ou desmotivada e
 9
 obedeceu-se o princípio da individualização da pena, anotando-se que o legislador não recomendou nem atribuiu quantitativos fixos e absolutos para cada uma das circunstâncias judiciais, de forma que a fixação da pena-base não constitui uma operação matemática, impondo-se ponderar a relevância e a gravidade em concreto de cada uma das circunstâncias negativas (AgReg no HC nº 397.628/SP; rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJe 16/08/2017; AgReg no REsp nº 1.422.038/AL, rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, j. em 18.12.2014). Exatamente como se procedeu no caso.

Na segunda fase, a pena foi reduzida de um mês pela atenuante da confissão espontânea. Não obstante, as reprimendas devem retornar ao patamar mínimo, porquanto também se encontra presente a atenuante do artigo 65, I, do Código Penal, uma vez que o réu já era maior de 70 anos na data da sentença (v. fls. 194/195 e 338).

Por fim, pela presença da já mencionada majorante as penas foram aumentadas em 1/3, perfazendo agora 1 ano e 4 meses de reclusão mais 13 dias-multa, no valor unitário de meio salário-mínimo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O regime inicial escolhido foi o mais favorável, aberto, concedida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consubstanciadas na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de dez salários-mínimos, o que não está a merecer reparos.

Assim, descabe redução ou exclusão da pena substitutiva pecuniária, descabido se facultar ao apenado escolher a pena restritiva de direitos que deve cumprir ou o modo pelo qual deverá fazê-lo, como já se decidiu inclusive (Apel. nº 0013957-04.2013.8.26.0361, rel. Augusto

10

de Siqueira, j. em 22.9.2016).

No mais, relativamente à alegada hipossuficiência, compete o exame da matéria ao juízo da execução criminal (artigo 66, inciso VI, da Lei nº 7.210/84). Nada mais podendo almejar a Defesa.

Diante do exposto, rejeitada a matéria preliminar, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para, mantida a condenação de ----- por incurso no artigo 140, § 3º, c.c. artigo 141, inciso III, do Código Penal, reduzir-lhe as penas a 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão mais 13 dias-multa, mantida no mais a r. sentença.

IVANA DAVID



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora