



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000024786

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503850-37.2020.8.26.0050, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante ----, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA (Presidente sem voto), MARCO ANTÔNIO COGAN E MAURICIO VALALA.

São Paulo, 19 de janeiro de 2023.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº: 3299

Órgão Julgador: 08ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº: **1503850-37.2020.8.26.0050**

Apelante: ----

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Mogi das Cruzes

APELAÇÃO CRIMINAL. Injúria Qualificada (artigo 140, § 3º, c.c. artigo 141, inciso III, ambos do Código Penal). Sentença Condenatória. Pretensão à absolvição pela atipicidade da conduta. Inadmissibilidade. Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas. Dolo evidenciado. Édito condenatório mantido. Dosimetria escorreita. Regime semiaberto mantido. Recurso não provido



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Trata-se de recurso de Apelação interposto por ---- contra a r. Sentença, exarada a fls. 185/192, em que se julgou procedente a pretensão punitiva estatal para o fim de condená-lo, por infração ao disposto no artigo 140, § 3º, c.c. artigo 141, inciso III, ambos do Código Penal, às penas de 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão no regime inicial semiaberto e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, no valor unitário de um salário mínimo.

O apelante, em suas razões recursais (fls. 197/209), pugnou pela absolvição, por atipicidade da conduta. Subsidiariamente, pleiteou a redução do valor unitário da multa, a fixação da pena no mínimo legal, do regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou multa.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas as contrarrazões (fls. 263/267), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não

2

provimento do apelo (fls. 287/292).

É o relatório.

Depreende-se pelos autos que ---- foi processado como incurso no artigo 140, § 3º, c.c. artigo 141, inciso III, ambos do Código Penal,, porque, no dia 10 de janeiro de 2020, em horário indeterminado do período matutino, em local indeterminado da cidade e comarca de Mogi das Cruzes, injuriou ---- utilizando-se de elemento referente à sua raça e à sua cor, tendo-o feito por meio (uso da rede social denominada Facebook) que facilitou a divulgação da injúria.

Segundo se apurou, quando dos fatos, ----, pessoa que mantém relacionamento amoroso com ----, havia postado, na página da rede social Facebook de seu amigo ----, algum comentário político.

Intrometendo-se na discussão política, e por discordar da opinião de ----, pessoa cadastrada como amiga de ---- na rede social, passou a ofender Cláudio bem como a sua companheira, ----, ao postar o seguinte comentário: “Aquele neguinha que estava com vc, vc pegou na favela ela era eleitora do Lula. O mau gosto pra mulher pqp” (fls. 12, in fine).

O comentário, de claro e inegável cunho racista e preconceituoso, foi postado na página do perfil de ---- podendo, desta feita, ser visto por todos os amigos cadastrados do titular, facilitando, assim, a divulgação da injúria.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

---- soube sobre a postagem por parte de seu companheiro ---- e noticiou a prática delitiva à Autoridade Policial, representando contra o autor dos fatos (fls. 15/18).

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. Sentença condenatória, contra a qual se insurge o apelante, por meio do presente recurso que se passa a analisar.

Pois bem, o conjunto probatório é cristalino, apontando a materialidade e a autoria do crime de injúria qualificada imputado ao apelante.

A prova da existência, pelos vestígios materiais _ materialidade –, vem comprovada por meio do boletim de ocorrência (fls. 03/04), *print* de página

3

da internet (fls. 12) e pela prova oral coligida aos autos.

Por sua vez a autoria delitiva, igualmente, é inconteste, tendo em vista as declarações prestadas pela vítima ---- e pela testemunha ---- (fls. 67, 69).

Adota-se, transcrevendo, o resumo dos depoimentos e interrogatório colhidos nos autos, , posto que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...)A testemunha de acusação, marido da vítima, disse que ficou consternado quando chegou ao seu conhecimento essa postagem. Estava trocando mensagens com uma pessoa do seu círculo de conhecidos, chamada ----, quando se deparou com a agressão gratuita do réu, pessoa com quem nunca teve contato e não conhece. Várias pessoas receberam a mensagem do réu. Não tem idéia da razão do comentário do réu no sentido de ofendê-lo ou sua esposa.

A vítima deu seu depoimento em audiência aduzindo queteve conhecimento porque tem acesso à página do marido e não tem dúvidas que a postagem ofensiva foi postada contra sua pessoa. Não conhece ---- e nunca o viu. Se sentiu muito abalada emocionalmente com essa frase e nunca foi vítima de injúria racial. Aduziu que trabalha com outras mulheres negras de comunidades próximas a ela e se sentiu ofendida também em nome dessas mulheres.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em seu interrogatório, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o réu não negou a postagem e disse que ela não foi direcionada à vítima. Ressaltou que fez o comentário infeliz, de acordo com suas palavras, quando viu o marido da vítima acompanhado de outras várias pessoas negras e moradoras de comunidades carentes que apareciam com ele em uma foto postada na rede social. Negou que a frase foi direcionada à vítima. Frisou que faz uso de remédios controlados em razão de pânico, transtorno de humor e depressão recorrente.”

4

A prova produzida, sob o crivo do contraditório, demonstra presentes todos os elementos descritivos do tipo penal incriminador do artigo 140, §3º e o *animus diffamandi*, sendo o desate condenatório, na ausência de justificativa ou dirimente de rigor, reconhecida a figura qualificada pela utilização de elementos referentes à cor, raça e etnia. A insistência e o vigor das ofensas afastam as possíveis excludentes da tipicidade pelo *animus criticandi* ou pelo *animus corrigendi*.

Inegável que o apelante dolosamente ofendeu a dignidade da vítima de modo especializado, referindo-se de maneira pejorativa à sua cor, raça e etnia.

Nesse ponto, de rigor destacar que as palavras da vítima, notadamente nas hipóteses como a dos autos, em que o crime é praticado, em geral, na clandestinidade, assumem especial relevo, sobretudo quando coerentes e harmônicas com o conjunto probatório, em especial as declarações seguras e pontuais da testemunha.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, vale conferir o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Injúria racial – Palavra da vítima – Prova determinante
em crime dessa natureza – Depoimento de uma testemunha
corroborando essa versão – Negativa da ré isolada –

Prova segura Condenação decretada Recurso provido.

(Apelação Criminal 0013382-67.2017.8.26.0001; Relator

(a): Alexandre Almeida; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 27ª Vara Criminal;
Data do Julgamento: 28/07/2020; Data de Registro: 29/07/2020,
GN)

Sem credibilidade alguma, portanto, a palavra de autodefesa da apelante que não encontrou eco na prova. Têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (“*praesumptiones hominis*”), pelo que ordinariamente ocorre, conforme disciplinam os arts. 3º, 239 e 155, todos do Código de Processo Penal, e art. 375 do Código de Processo Civil.

Preleciona **Júlio Fabbrini Mirabete**: “...*ônus da prova (onus probandi) é a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes*” (Código de Processo Penal Interpretado. 11ª ed. São Paulo: Atlas. p. 474/475).

É ônus da defesa provar o que alega, pois *allegare sine probare et non allegare paria sunt* –alegar e não provar é o mesmo que não alegar (Nicola Framarino dei Malatesta. A Lógica das Provas em Matéria Criminal, São Paulo: Saraiva, 1960, p. 179). Com todo o vigor tem cabida, como referido, o brocardo *allegare sine probare et non allegare paria sunt* (alegar e não provar é o mesmo que não alegar).

Nesse sentido leciona também **HÉLIO TORNAGHI**: “*O sentido do artigo 156 (do CPP) deve ser esse: ressalvadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos deve ser provados pelo réu*” (HÉLIO TORNAGHI. Instituições de Processo Penal, Forense, Rio, 1959, IV/232).

E mais, “*Os indícios, quando veementes, convergentes e concatenados, não neutralizados por contra-indícios ou álibi, comprovados, autorizam a condenação*” (JTACRESP 51/342).

As fotografias juntadas aos autos _ fls. 140/151, onde a vítima



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estava presente ao lado da testemunha ---- em diversas ocasiões, associadas ao teor da frase utilizada pelo réu, demonstram que ---- era a pessoa a quem ----se referia. Não restou comprovado que a ofensa era dirigida à pessoa indeterminada.

Portanto, no caso, não se autoriza reconhecimento de atipia. Nesse

sentido: “(...) *Depois, à despeito do indiscutível caráter supralegal, de que se revestem as normas internacionais versando sobre direitos humanos, a liberdade de pensamento e expressão, assegurados pelo art. 13 da CAHU como também pelo art. 5º, IV da Constituição Federal encontra limites na proteção conferida à honra e*

imagem das pessoas, garantia prevista no art. 5º, X da CF. Por óbvio que os xingamentos propalados pelo acusado extrapolam o que se pode entender como manifestação de liberdade de pensamento e expressão, subsumindo-se, a conduta, ao crime de desacato (...)”.(Apelação nº 0008616- 94.2013.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, Colenda 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Exmo. Des. **FIGUEIREDO GONÇALVES**, j. 17/10/2016).

Da mesma forma:

“EMENTA: SENTENÇA CONDENATÓRIA DO RÉU PELO CRIME DE DESACATO (CP, ARTS. 331, CAPUT). RECURSO DEFENSIVO POSTULANDO A ABSOLVIÇÃO DIANTE DA ATIPICIDADE DE CONDUTA, AUSÊNCIA DE DOLO OU AINDA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS BEM PROVADAS. ACUSADO QUE DESACATOU SERVIDORES PÚBLICOS NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES PROFERINDO OFENSAS CONTRA ELES, DESOBEDECENDO ADVERTÊNCIAS E OPONDOSE AINDA À EXECUÇÃO DE ORDEM LEGAL . NEGATIVA DOS FATOS. INCONSISTENTE, OBSERVADA A PALAVRA DE POLICIAIS NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO. CONDENAÇÃO ACERTADA, NÃO SE VISLUMBRANDO EXCLUDENTE DOSAGEM DAS PENAS EM CONSONÂNCIA COM O REGRAMENTO LEGAL RECURSO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DESPROVIDO” (Apelação nº 0011991-38.2015.8.26.0554, da Comarca de Santo André, Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel^a.: Exm^a. Des^a. **IVANA DAVID**, julg., em 19 de junho de 2018) E, continua a veneranda decisão: “(...) *Descabe se falar em excludente de ilicitude quanto a alegada liberdade de expressão do Pacto de San Jose da Costa Rica, pois não há de confundir tal direito como expoente para o cometimento de crimes por manifestação de pensamento que tinha o dolo único de ofender a função pública dos agentes, tão somente por sua função pública, nada se revelando*

7

como alguma manifestação de ideias argumentativas. Estas sim devem ser resguardadas não só pelo Tratado de Direitos Humanos acima invocado, mas sobretudo pela Constituição Federal. Pelo exposto, não se vislumbrando excludentes, correta a responsabilização do apelante (...)”.

Portanto, do exame dos fatos e das provas angariadas aos autos, de rigor a manutenção do decreto condenatório.

Passa-se ao exame da dosimetria das penas.

Na primeira fase, atento aos ditames do artigo 59, “caput”, do Código Penal, o MM. Juízo “a quo” fixou s penas-base 1/6 acima do mínimo legal, resultando em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias multa em razão do intenso sofrimento emocional suportado pela vítima.

Ademais, destaca-se que o “*legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado*” (HC 283.706/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

No mesmo sentido, ressalta-se que: “*Somente quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu a pena deve ser fixada no mínimo legal. Em verdade, se uma delas lhe for desfavorável, o juiz deve elevá-la acima do*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

piso. E, nesse contexto, se todas ou quase todas circunstâncias inominadas apresentarem-se como prejudiciais ao acusado, nada impede a imposição da pena máxima. Todavia, instalou-se na prática forense o raciocínio equivocado pelo qual a pena-base equivale à pena mínima, o que não se compactua com o espírito da legislação penal.” (MASSON, Cleber Rogério – Direito Penal Esquemático – Parte Geral 4ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 628).

Desse modo, por não se entender desarrazoado o aumento da pena-base, ante as justificativas expostas na r. sentença, fica mantida a pena-base como lançada.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência (fls.

8

103/105), a pena sofreu novo acréscimo de 1/6, perfazendo 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Na terceira fase, reconhecida a causa de aumento prevista no artigo 141, III, do Código Penal, a pena foi elevada em 1/3, resultando em 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, fixado o valor unitário em um salário mínimo em razão da condição econômica do réu.

Justifica-se o valor unitário da multa de 01 salário mínimo, pela condição econômica possível de aferição, que é o critério da lei. Neste sentido: *“não se pode olvidar, entretanto, o peculiar fator determinado pela lei para a fixação da pena de multa: o magistrado deve atentar principalmente para a situação econômica do réu (art. 60, caput, CP). Verificando-se que sua situação financeira é consistente e elevada, deverá ter o valor de cada dia-multa estabelecido em valores superiores a um trigésimo do salário-mínimo. Se, feito isso, continuar insuficiente, pode o juiz elevar o número de dias-multa. O mais relevante é que a sanção pecuniária tenha repercussão considerável no patrimônio do condenado”* (Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 14ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 402).

Por fim, malgrado os esforços despendidos pela d. Defesa, irrepreensível o regime semiaberto fixado na resp. sentença, posto que em consonância com o disposto no artigo 33, c.c. art. 59, III, ambos do Código Penal, diante da reincidência ostentada pelo réu, o que também obsta a substituição da pena privativa



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de liberdade por restritiva de direitos, diante do previsto no artigo 44, II, do Código Penal.

Nesse sentido: *“A fixação do regime prisional não está afeta somente às regras do art. 33 e parágrafos do CP, mas também se informa pelas circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do mesmo Estatuto Repressivo, constituindo uma faculdade a ser exercida pelo Juiz mediante o exame conjugado desses dispositivos penais”* (TACRIM/SP - Ap. JOSÉ HABICE - j. 09.03.1998 - RJTACrim 37/354).

Da mesma forma: *“Para a fixação do regime inicial do cumprimento da pena não se levam em consideração apenas os critérios objetivos do quantum dela, mas também a observância dos critérios previstos no artigo 59 do*

Código Penal, entre os quais se encontram as menções à personalidade do agente e às circunstâncias do crime.” (STF - Habeas Corpus indeferido. Habeas Corpus nº 76.191-1, Col. 1ª Turma, 10.3.98, DJU de 3.4.98).

Depreende-se, portanto, que as penas foram corretamente fixadas, observou-se o critério trifásico estabelecido no artigo 68, do Código Penal, e todas as fases de dosimetria restaram fundamentadas dentro dos parâmetros legais, não merecendo qualquer reparo as reprimendas impostas na decisão combatida.

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** ao recurso de apelação interposto pela Defesa, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO