



689122

Órgão : TERCEIRA TURMA CRIMINAL
Classe : APELAÇÃO CRIMINAL
Processo : 2010 01 1 117388-3 APR
Apelantes : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
e ASSIISTENTE DE ACUSAÇÃO
Apelado : PAULO HENRIQUE DOS SANTOS AMORIM
Relatora : DESEMBARGADORA NILSONI DE FREITAS CUSTÓDIO
Revisor : DESEMBARGADOR JOÃO BATISTA TEIXEIRA

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITOS CONSTITUCIONAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA. HONRA. PONDERAÇÃO. CRIMES. INJÚRIA RACIAL E RACISMO. DIFERENÇA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. PRIMEIRA IMPUTAÇÃO. DOLO DE INJURIAR. PRESENÇA. CONDENAÇÃO. SEGUNDA IMPUTAÇÃO. DOLO. AUSÊNCIA. ABSOLVIÇÃO.

I - É certo que a exposição livre de ideias e críticas é inerente ao Estado Democrático, possibilitando se questionar e confrontar os pensamentos dos grupos dominantes, o que torna as pessoas públicas ainda mais suscetíveis de fazer e receber críticas. Entretanto, o fato de o réu ser jornalista não lhe outorga o direito de poder discriminar ou injuriar outras pessoas públicas.

II – Se as críticas do réu, em relação à primeira imputação, não são realizadas com o intuito de colocar em debate questões de interesse social, mas sim com o objetivo de atingir a vítima, não há que se falar em *animus narrandi* ou *criticandi*.

III - A distinção entre os crimes de preconceito e injúria preconceituosa reside no elemento subjetivo do tipo. Configurar-se-á o delito de discriminação se a intenção do réu

for atingir número indeterminado de pessoas que compõem um grupo e o de injúria preconceituosa se a objetivo do autor for atingir a honra de determinada pessoa, valendo-se de sua cor para intensificar a ofensa.

IV – Se o réu divulga artigo que se restringe a criticar a vítima, sem qualquer dado concreto, referindo-se a esta como sendo pessoa que não conseguiu revelar nada além de ser “*negro e de origem humilde*” e utilizando expressões como “*negro de alma branca*” resta caracterizado o crime de injúria preconceituosa.

V – Afasta-se a extinção da punibilidade em decorrência da decadência do direito de representação diante da dúvida a respeito da data em que a vítima veio a saber da ocorrência do crime e de quem era o autor.

VI – Justifica a elevação da pena-base do crime de injúria preconceituosa se a vítima é figura pública que depende de sua imagem para exercer a profissão e, após as lesões provocadas pelo crime, encontre dificuldades perante a sociedade e a sua profissão.

VII – Deve ser reconhecida a atenuante da senilidade se o réu completa setenta anos antes do acórdão condenatório.

VIII – Se as ofensas foram publicadas no site do réu, que tem grande número de acessos, facilitou-se a divulgação da injúria, devendo ser reconhecida a causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 141 do Código Penal.

IX – Mantém-se a absolvição em relação à segunda imputação se, apesar da presença de termos fortes, o réu agiu com o ânimo de narrar os fatos, criticando a postura da vítima enquanto jornalista de emissora rival, sem, no entanto, extrapolar os limites impostos ao exercício do direito à livre manifestação do pensamento.

X - Incabível a condenação na reparação por danos morais se as partes realizaram acordo judicial de composição de

danos homologado por sentença transitada em julgado sob pena de *bis in idem*.

XI – Recursos conhecidos e parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da **Terceira Turma Criminal** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, **NILSONI DE FREITAS CUSTÓDIO** - Relatora, **JOÃO BATISTA TEIXEIRA** – Revisor, **JESUÍNO RISSATO** – Vogal, sob a presidência do Desembargador **JOÃO BATISTA TEIXEIRA**, em proferir a seguinte decisão: **CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO, POR MAIORIA, VENCIDO O VOGAL**, de acordo com a ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 20 de junho de 2013.

Desembargadora NILSONI DE FREITAS CUSTÓDIO

Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de ação penal ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS** em desfavor de **PAULO HENRIQUE DOS SANTOS AMORIM**, atribuindo-lhe a autoria dos delitos previstos no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/89, por duas vezes, e no art. 140, § 3º, c/c art. 141, inc. III, ambos do Código Penal, constando da denúncia¹ que “*No dia 5 de setembro de 2009, às 9 horas e 38 minutos, o denunciado, agindo de forma livre e consciente, praticou e incitou o preconceito de raça e cor, publicando em site de sua responsabilidade, denominado ‘Conversa Afiada’ (endereço eletrônico www.paulohenriqueamorim.com.br), o seguinte comentário: ‘Heraldo é negro de alma branca’*”

A inicial acusatória narra ainda que “*Alguns meses depois, no dia 11 de março de 2010, às 8 horas e 42 minutos, o denunciado, agindo de forma livre e consciente e com intenção de ofender a dignidade e o decoro de Heraldo Pereira de Carvalho, o injuriou pela internet, empregando elementos referentes a sua raça e cor, publicando no mesmo site acima mencionado que Heraldo se agachava, se ajoelhava para o Ministro Gilmar Mendes e que esse seu comportamento serviçal deveria envergonhar Ali Kamel, inimigo das cotas para negros nas universidades.*”

Sentenciando o feito², o MM. Juiz de Direito Substituto da 4ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, julgou improcedente a pretensão punitiva estatal para: *a)* em relação à primeira imputação, proceder à readequação típica para o delito previsto no art. 140, §3º, do Código Penal e declarar extinta a punibilidade em razão da decadência; e *b)* quanto à segunda imputação, absolver o réu diante da atipicidade da conduta.

O réu foi intimado da sentença³.

Inconformado, o **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios** interpôs recurso de apelação⁴, aduzindo, em suas razões recursais⁵, que os primeiros fatos narrados na denúncia configuram o crime previsto no art.

¹ Fls.02/10.

² Fls. 1141/1154.

³ Fl. 1324/1354.

⁴ Fl. 1158.

⁵ Fls. 1163/1240.

20, § 2º, da Lei n. 7.716/89, pois a expressão “*negro de alma branca*” utilizada pelo réu revela conteúdo preconceituoso ao sugerir que as pessoas de cor branca possuem atributos positivos, ao passo que as pessoas de cor negra são associadas a valores negativos, melhores apenas se possuírem “*alma branca*”.

Acrescentou que o preconceito com o qual agiu o réu é confirmado no momento em que ele associa a expressão citada a outras qualidades da vítima, quais sejam, “*negro e de origem humilde*”.

Esclarece que essa conduta do apelado produziu percepção social de raça, identificando juízo de desvalor contra grupos humanos determinados, não restando dúvidas de que buscou a instigar o público que acessa seu sítio eletrônico a repercutir a ideia preconceituosa.

Ressaltou que assim agindo o réu atingiu todas as pessoas negras e não apenas a vítima, acrescentando que essa serviu como exemplo de sua concepção discriminatória.

Concluiu que está evidenciado o dolo direto do apelado de praticar e induzir a prática da discriminação, ou pelo menos o seu dolo eventual, já que conscientemente assumiu o risco de produzir o resultado do delito.

Destacou que como os crimes foram praticados por intermédio de meio de comunicação, deve incidir a qualificadora constante do § 2º do art. 20 da Lei n. 7.716/89.

Afirmou o recorrente que, ainda que não se entenda pela capitulação jurídica dada na denúncia ao primeiro fato, não deve ser reconhecida a decadência, pois esse prazo é contado apenas do dia em que a vítima vier a saber quem é o autor do crime, o que, no caso, ocorreu apenas em 16/3/10.

Argumentou que, ainda que se afastasse a data do termo inicial declarada pelo ofendido, não se pode presumir que a vítima tomou conhecimento da autoria na mesma data da publicação da ofensa.

Registrou que o Magistrado *a quo*, ao requalificar a conduta, agiu com *error in procedendo*, pois deveria ter ordenado diligência para que o Ministério público oferecesse aditamento à denúncia ou providenciasse a manifestação do ofendido para a representação, esclarecendo, entretanto, que a vítima já tinha se manifestado no sentido de querer que o apelado fosse processado por tais atos, possibilitando o prosseguimento do feito.

Salientou que, quanto ao segundo fato criminoso, é evidente que o denunciado ofendeu a dignidade e o decoro da vítima, fazendo uso de elementos referentes a sua raça e cor, pois ele qualificou a vítima como um serviçal, subjugado e empregado, conduta que envergonharia Ali Kamel, pois ele defende a ideia de que existe democracia racial no Brasil.

Asseverou que a segunda reportagem constitui continuidade de ataques preconceituosos contra o ofendido, sempre por causa de sua cor.

Informou que a referência às ideias de Ali Kamel não foram acidentais no discurso, sendo inseridas no contexto para atingir a honra subjetiva da vítima, o que deixa livre de dúvidas a presença do elemento subjetivo do injusto.

Alegou que o acordo realizado na área cível demonstra que o réu reconheceu a prática dos atos ilícitos e que ele agiu com dolo, pois ele descumpriu as decisões cíveis e penais que determinaram a retirada das matérias ofensivas, bem como os termos da retratação.

Destacou a inconsistência das teses de defesa, pois a liberdade de expressão é limitada por outros direitos, de forma que o abuso gera direito à reparação do dano e também à responsabilização criminal.

Requeru o provimento do recurso, para: *a)* em relação ao primeiro fato, condenar o apelado pela prática do crime previsto no art. 20, §2º, da Lei n. 7.716/89, por duas vezes, ou, subsidiariamente, afastar a extinção da punibilidade, considerando apta e tempestiva a representação da vítima, condenando o apelado no art. 140, § 3º, c/c art. 141, inc. III, ambos do Código Penal, por duas vezes; *b)* em relação ao segundo fato, condenar o acusado como incurso nas penas do art. 140, § 3º, c/c art. 141, inc. III, ambos do Código Penal; *c)* condenar o réu à reparação do dano, em parâmetros razoáveis; *d)* determinar a efetivação da decisão que determinou a retirada das matérias do sítio eletrônico do réu.

O assistente de acusação⁶ aderiu inteiramente às razões recursais do Ministério Público.

Em sede de contrarrazões, a Defesa⁷ pleiteou o desprovimento do apelo.

⁶ Fls. 1250/1254.

A 6ª Procuradoria de Justiça Criminal, por intermédio do d. Procurador de Justiça, Mário Perez de Araújo, ofertou parecer⁸ pelo conhecimento e parcial provimento do recurso para que o réu seja condenado pela prática do crime previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal c/c art. 383 do Código de Processo Penal em decorrência da primeira imputação.

É o relatório.

V O T O S

A Senhora Desembargadora NILSONI DE FREITAS CUSTÓDIO – Relatora

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de ação penal ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS** em desfavor de **PAULO HENRIQUE DOS SANTOS AMORIM**, atribuindo-lhe a autoria dos delitos previstos no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/89, por duas vezes, e no art. 40, § 3º, c/c art. 141, inc. III, ambos do Código Penal, tendo a r. sentença⁹, julgado improcedente a pretensão punitiva estatal para: a) em relação à primeira imputação, proceder à readequação típica para o delito previsto no art. 140, §3º, do Código Penal e declarar extinta a punibilidade em razão da decadência; e b) quanto à segunda imputação, absolver o réu diante da atipicidade da conduta.

Inconformado, o **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**¹⁰ interpôs recurso de apelação, requerendo: a) em relação ao primeiro fato, a condenação do apelado pela prática do crime previsto no art. 20, §2º, da Lei n. 7.716/89, por duas vezes, ou, subsidiariamente, afastamento da extinção da punibilidade, considerando apta e tempestiva a representação da vítima, condenando o apelado como incurso no art. 140, §3º, c/c art. 141, inc. III, ambos

⁷ Fls. 1256/1297.

⁸ Fls. 1361/1374.

⁹ Fls. 1141/1154.

¹⁰ Fls. 1163/1240.

do Código Penal, por duas vezes; b) em relação ao segundo fato, condenação do acusado como incurso no art. 140, §3º, c/c art. 141, inc. III, ambos do Código Penal; c) condenação do réu à reparação do dano, em parâmetros razoáveis; d) determinação da efetivação da decisão que determinou a retirada das matérias do sítio eletrônico do réu.

O assistente de acusação¹¹ aderiu inteiramente às razões recursais do Ministério Público

É, em apertada síntese, o que consta.

Antes de analisar especificamente os pedidos do recurso, é necessário fazer uma abordagem histórica e constitucional dos direitos que estão sendo confrontados no caso.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi elaborada sofrendo a influência interna do final da ditadura militar, razão pela qual se empenhou para construir e preservar o regime democrático, marcado pela liberdade de expressão e pela igualdade entre os cidadãos.

Por isso, a Carta Magna protegeu de forma ampla tanto a livre manifestação de pensamento, considerada o alicerce do regime democrático na medida em que possibilita a troca de ideias e pensamentos, quanto à isonomia, que permite que todos participem ativamente da construção da democracia.

Além disso, a Constituição Federal de 1988, impulsionada pelo movimento neoconstitucionalista, que, dentre outros, propunha a rematerialização do direito, ainda consagrou a dignidade da pessoa humana como sendo seu valor axiológico, dignidade essa que somente pode ser alcançada com a preservação de direitos como a honra e a imagem.

Percebe-se, pois, que a Carta Magna previu diversos direitos e garantias, sendo que cada um deles tem finalidades diversas, o que provoca, em diversas ocasiões, a colisão de direitos constitucionais igualmente relevantes, exigindo que o Poder Judiciário, ao tentar solucionar esse conflito, estabeleça limites a fim de alcançar as finalidades essenciais da Constituição.

Essa limitação ocorre não apenas para possibilitar a coexistência pacífica de todos os princípios e direitos conquistados, mas também

¹¹ Fls. 1250/1254.

para impedir que condutas inconstitucionais, ilegais ou mesmo imorais sejam legitimadas pelo exercício de outro direito constitucional, o que certamente feriria a intenção da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, já se manifestou o excelso Supremo Tribunal Federal:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

...omissis...

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

...omissis...

Ordem denegada (STF, HC 82424 / RS -HABEAS CORPUS, Relator Min. MOREIRA ALVES, Relator p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 17/09/2003, DJ 19/03/2004, destaquei).

Dessa forma, mesmo a liberdade de expressão deve ser restringida quando colidir com direitos constitucionais que se mostrem, no caso em concreto, de igual ou maior importância, o que ocorre, por exemplo, quando há manifestações que, ao invés de proporem o debate político, impedem a divulgação de ideias que lhe sejam contrárias por silenciarem terceira pessoa ao trazerem carga depreciativa, sendo, por isso, chamados de discursos silenciadores¹².

¹² FISS, Owen. *El efecto silenciador de La libertad de expresión. Isonomia*. 1996. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474063322636384254480/isonomia04/iso03.pdf>. Acesso em: 30/1/2013.

Nesse sentido, o próprio constituinte previu uma limitação ao direito à liberdade de expressão, deixando entrever que ele deve ser exercido de modo compatível com os direitos à honra, à imagem e à vida privada, estabelecendo, ainda, que¹³ “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais”.

No caso dos autos, há que se analisar se o direito à livre manifestação do pensamento exercido pelo réu colidiu com o direito à honra e à imagem da vítima, devendo se chegar à conclusão se ele foi exercido de modo ilegal, e, em caso positivo, se lesionou de modo significativo os bens jurídicos tutelados a ponto de justificar a intervenção do Direito Penal.

1º FATO

A inicial acusatória imputou ao réu a prática do crime previsto no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/89, por duas vezes, em razão de ter ele elaborado e veiculado em sítio eletrônico de sua responsabilidade a seguinte notícia¹⁴:

Globo mente em rede nacional e desmente em rede local

Teria sido 'bonito' ver o Willian Bonner se desmentir.

O jornal nacional do Ali Kamel divulgou várias vezes o bilhete do PCC que organizou a manifestação contra a violência policial no bairro de Heliópolis, na cidade de São Paulo.

O bilhete não existiu segundo a própria PM de São Paulo.

O jornal nacional deu o desmentido no SPTV, um jornal local, na hora do almoço.

É assim que o Ali Kamel trabalha.

...omissis...

*Enquanto isso, o Ali Kamel submete o jornal nacional a um longo exercício diário de onanismo. Por conta dos 40 anos do jornal nacional, William Bonner entrevista repórteres. A propósito, William Bonner, na sua ilimitada mediocridade, poderia poupar o espectador de usar "bonito" ou "bonita". Ontem, por exemplo, o funcionário de Gilmar Dantas (**)
Heraldo Pereira, que faz um bico na Globo, fez uma longa exposição para justificar o seu sucesso. E não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde. Heraldo é o negro de alma branca. Ou a prova de que o livro do Ali Kamel está certo: o Brasil não é racista. Racista é o Ali Kamel.*

SALGADO, Ana Alice Ramos Tejo e OUTROS. *Liberdade de Expressão e os crimes contra a honra: aspectos controversos*. Disponível em:

<http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/viewFile/500/297>. Acesso em: 30/1/2013.

¹³ Constituição Federal, Art. 5º, inciso XLI.

¹⁴ Fls. 105/106.

Sentenciando o feito, o Magistrado *a quo* deu definição jurídica diversa ao primeiro fato descrito na denúncia, por entender que a conduta do réu se amoldava ao delito previsto no § 3º do art. 140 do CP, reconhecendo, posteriormente, a decadência do direito de representação.

Inconformado, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios recorreu requerendo a condenação do réu pela prática do crime de racismo ou, subsidiariamente, o reconhecimento da não ocorrência de decadência e a consequente condenação do réu.

É certo que a exposição livre de ideias e críticas é inerente ao Estado Democrático, possibilitando se questionar e confrontar os pensamentos dos grupos dominantes, o que torna as pessoas públicas ainda mais suscetíveis de fazer e receber críticas. Entretanto, o fato de o réu ser jornalista não lhe outorga o direito de poder discriminar ou injuriar outras pessoas públicas.

Nesse sentido, a Ministra Cármen Lúcia, quando do julgamento da AP474, julgada em 12/09/2012 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, destacou que:

É certo que as pessoas que ocupam cargos públicos, notadamente aquelas que exercem atividades políticas, estão sujeitas a uma maior fiscalização pela população e pelos meios de comunicação. Conseqüentemente, o âmbito do que caracteriza a sua intimidade, a sua honra e a sua vida privada tem espaço reduzido, devendo a norma constitucional ser aplicada com maior tolerância quando atingidas. Contudo, tanto não significa que qualquer ofensa seja permitida. As desproporcionais e desarrazoadas, como se comprovou na espécie vertente, submetem-se ao direito penal.

As críticas expostas pelo autor nessa primeira notícia foram realizadas não apenas com o intuito de colocar em debate os comportamentos adotados pela Rede Globo de Televisão, isso porque ela se limitou a analisar a postura e o currículo da vítima, não fazendo sequer referência aos outros jornalistas que também foram entrevistados.

As expressões utilizadas pelo réu, como “*Heraldo é negro de alma branca*” e “*não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso,*

além de ser negro e de origem humilde” foram desrespeitosas e acintosas à vítima, excedendo os limites impostos pela própria Constituição Federal e ferindo seu objetivo primordial, que é o exercício da democracia.

Portanto, não há como entender que o réu agiu apenas com o *animus narrandi* ou *criticandi*, devendo a liberdade conferida a ele ser limitada, tendo em vista que feriu direito alheio.

DA MATERIALIDADE

A materialidade delitiva restou comprovada nos autos pela notícia-crime¹⁵, Ata Notarial do 24º Ofício de Notas do Rio de Janeiro¹⁶, bem como pela prova oral colhida.

DA AUTORIA

O réu admitiu ter publicado a matéria em seu site, afirmando em juízo que¹⁷ *“é verdade que publiquei no site de minha responsabilidade, quanto a isso, sim, é uma verdade indiscutível.”*

DA ADEQUAÇÃO TÍPICA

Para a correta tipificação penal dos fatos, é necessário fazer prévia distinção entre os crimes de preconceito de raça ou cor, previsto no artigo 20 da Lei n. 7.716/89, e de injúria preconceituosa, elencado no § 3º do art. 140 do Código Penal.

Assim estabelece o artigo 20 da Lei 7.716/89:

*Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
Pena: reclusão de um a três anos e multa.*

Segundo a doutrina, o crime de preconceito de raça ou cor configura-se quando a manifestação do sentimento do autor é em relação a toda

¹⁵ Fls. 14/34.

¹⁶ Fls.48 v./64.

¹⁷ Fls. 789/790.

a coletividade em razão de sua origem, raça ou cor, demonstrando que o autor traçou perfil depreciador ou segregador das pessoas que compõem determinado grupo.

De outro lado, o §3º do art. 140 do CP assim estatui:

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

...omissis...

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997).

O crime de injúria preconceituosa ocorre quando o autor, com o intuito de ofender a honra subjetiva, se dirige à vítima insultando-a com elementos referentes à cor ou raça.

Como se vê, a distinção entre os citados tipos penais reside no elemento subjetivo do tipo, de forma que o crime será o de discriminação se a intenção do réu for atingir número indeterminado de pessoas que compõem um grupo e será o de injúria preconceituosa se o objetivo do autor for atingir a honra de determinada pessoa, valendo-se de sua cor para intensificar a ofensa.

Nesse sentido, preleciona Guilherme De Souza Nucci que¹⁸:

o art. 20 da Lei 7.716/89 diz respeito à ofensa a um grupo de pessoas e não somente a um indivíduo, enquanto o art. 140, §3º, do Código Penal, ao contrário, refere-se a uma pessoa, embora valendo-se de instrumentos relacionados a um grupo de pessoas. ...omissis... Se o agente pretender ofender um indivíduo, valendo-se de caracteres raciais, aplica-se o art. 140, § 3º, do Código Penal. No entanto, se o seu real intento for discriminar uma pessoa, embora ofendendo-a, para que, de algum modo, fique segregada, o tipo penal é o art. 20.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5 ed. rev. atual. ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Pág. 327.

Juliana Pilau Bornia ainda ensina em relação ao dolo do crime de racismo que ele “*é o conhecimento e vontade de impedir, obstar, negar, recusar acesso e praticar, induzir ou incitar (verbos nucleares dos tipos penais dos arts. 3º a 14 e 20 da Lei 7.716/89) a discriminação ou preconceito por motivo de raça, cor, religião, etnia ou precedência nacional*”¹⁹.

A remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já traçou as diferenças entre os citados crimes:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 20, DA LEI Nº 7.716/89. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDUTA SE ENQUADRARIA NO ART. 140, §3º, DO CP. IMPROCEDÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA.

I - O crime do art. 20, da Lei nº 7.716/89, na modalidade de praticar ou incitar a discriminação ou preconceito de procedência nacional, não se confunde com o crime de injúria preconceituosa (art. 140, §3º, do CP). Este tutela a honra subjetiva da pessoa. Aquele, por sua vez, é um sentimento em relação a toda uma coletividade em razão de sua origem (nacionalidade).

II - No caso em tela, a intenção dos réus, em princípio, não era precisamente depreciar o passageiro (a vítima), mas salientar sua humilhante condição em virtude de ser brasileiro, i.e., a idéia foi exaltar a superioridade do povo americano em contraposição à posição inferior do povo brasileiro, atentando-se, dessa maneira, contra a coletividade brasileira. Assim, suas condutas, em tese, subsumem-se ao tipo legal do art. 20, da Lei nº 7.716/86.

III - A peça acusatória deve vir acompanhada com o mínimo embasamento probatório apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte dos denunciados. Se não houver um lastro probatório mínimo a respaldar a denúncia, de modo a tornar esta plausível, não haverá justa causa a autorizar a instauração da persecutio criminis (Precedentes da Corte Especial e da Turma). In casu há o mínimo de elementos (v.g., prova testemunhal) que indicam possível participação dos recorrentes no delito a eles imputado. Writ denegado. (RHC 19166 / RJ, Relator Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 24/10/2006, DJ 20/11/2006, destaquei).

Seguindo esse entendimento, confira-se a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RACISMO (art. 20, caput, Lei nº 7.716/1989). PRELIMINARES DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVAS. DOLO. HONRA SUBJETIVA DA VÍTIMA.

¹⁹ BORNIA, Josiane Pilau. *Discriminação, preconceito e direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008. Pág. 145.

DESCCLASSIFICAÇÃO. INJÚRIA QUALIFICADA (§3º do artigo 140 do Código Penal). PRESCRIÇÃO RETROATIVA. NÃO OCORRÊNCIA.

...omissis...

O crime de racismo é mais amplo do que o de a injúria qualificada, pois visa a atingir uma coletividade indeterminada de indivíduos, discriminando toda a integralidade de uma raça. Já a ofensa proferida especificamente contra determinada vítima, valendo-se de caracteres raciais, mas sem pretensão de disseminar o racismo ou segregar a vítima, configura a injúria qualificada do § 3º do artigo 140 do Código Penal.

Punibilidade não fulminada pela prescrição, uma vez que, entre os marcos interruptivos, não transcorrido o prazo dos artigos 109, inciso V, e 110, ambos do Código Penal.

Apelação parcialmente provida. Desclassificada a conduta para injúria qualificada. (Acórdão n.568782, 20080710261862APR, Relator: MARIO MACHADO, Revisor: GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, Publicado no DJE: 05/03/2012. Pág.: 166, destaquei)

Cabe ressaltar, que, apesar da proteção constitucional conferida ao crime de racismo, nem mesmo esse delito pode conduzir à responsabilidade penal objetiva. Assim, ainda que as palavras empregadas possam inicialmente indicar que a pessoa adota conduta discriminatória ou preconceituosa que ocasionalmente englobe número indeterminado de pessoas, se deve analisar o dolo do réu.

De acordo com a teoria finalista da ação, majoritariamente adotada no Brasil, o dolo é natural, sendo composto apenas pela consciência e pela vontade de realizar conduta descrita em tipo penal.

No caso dos autos, o apelado, ao proferir expressões como “*Heraldo é negro de alma branca*” e “*não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde*“, certamente não teve a intenção de atingir todas as pessoas negras, mas tão-somente de depreciar a vítima, salientando sua condição de negro.

A ausência do dolo de discriminar todo o grupo de pessoas é reforçada por documentos juntados²⁰ aos autos que comprovam que o réu, durante sua vida profissional, publicou artigos contra o racismo.

Nesse sentido, a testemunha Marcos Fábio Rezende Correia, então Coordenador da Comissão de Promoção da Igualdade da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia e da organização não-governamental

²⁰ Fls. 257/285.

do Coletivo de Entidades Negras, afirmou que²¹ *“conhece a atividade jornalística do denunciado e pode afirmar que as posturas por ele adotadas, através de depoimentos e matérias publicadas nos sites por ele mantidos são respeitosas à questão racial e o tornam uma aliado nas causas de direitos humanos, direitos das minorias e na questão étnico racial”*.

Além disso, a vítima e as testemunhas ouvidas em juízo²², ao serem questionadas, afirmaram não ter conhecimento de que o réu tenha publicado notícias que se referissem de modo depreciador à cor ou à etnia de outros jornalistas, deixando entrever que o objetivo do réu não era atingir a coletividade negra, mas apenas a vítima.

Nesse ponto, a testemunha Mônica de Lourdes Cunha Wadvogel, ao ser questionada em juízo pelo órgão ministerial se já tinha lido ou visto outra reportagem do réu contendo cunho discriminatório e/ou racista, asseverou que²³ *“não, só ao Herald”*, e a testemunha Celso Fontão também esclareceu que²⁴ *“esse tipo de comentário eu só vi em relação ao Herald”*.

Ainda a testemunha Luiz Claudio Cunha, em sede judicial, afirmou que²⁵ *“como o Paulo Henrique é uma das pessoas mais inteligentes e capazes da imprensa brasileira, eu não consigo admitir a ideia que ele em algum momento tenha escrito suas matérias, suas notas, sob a índole do racismo”*.

Assim, resta afastada a configuração do crime previsto no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/89, tanto na modalidade de praticar quanto na de induzir a prática do racismo, diante da ausência de dolo.

No entanto, verifica-se que a conduta do apelado amolda-se ao crime de injúria preconceituosa.

Isso porque ao veicular que a vítima *“é negro de alma branca”* e que não tinha em seu currículo nada além de ser *“negro e de origem humilde”*, o réu manifestou sua opinião pessoal em relação à vítima, desacompanhada de qualquer dado concreto, com a nítida intenção de ofender a honra.

²¹ Fl. 664.

²² Fl. 527.

²³ Fl. 527

²⁴ Fl. 527

²⁵ Fl. 527

A idoneidade das expressões utilizadas para ofender e a utilização de elemento relacionado à cor estão patentes.

A expressão “*negro de alma branca*” não raro é entendida em sentido pejorativo, indicando que pessoas de cor branca são sempre relacionadas a atributos positivos ao passo que as de cor negra são sempre associadas a qualificações negativas e que seriam mais dignos se se igulassem aos brancos, o que indubitavelmente se adéqua ao crime de injúria racial.

A testemunha Mônica de Lourdes Cunha Wadvogel esclareceu que²⁶ “*essa expressão, hoje, é unívoca, ela tem um sentido ...omissis... que é o desqualificar o negro, é de dar um atributo muito grande para o branco ao ponto de a alma ser branca, desqualificando a pele ou a cor negra*”.

No entanto, é necessário interpretar tal expressão de forma contextualizada, objetivando verificar o seu verdadeiro sentido no caso dos autos.

Nessa linha de raciocínio, Cezar Roberto Bitencourt preleciona que²⁷ “*a injúria nem sempre decorre do sentido literal do texto ou das expressões proferidas, que, não raro, precisam ser contextualizadas para se encontrar seu verdadeiro sentido*”.

No caso, o réu em momento algum quis elogiar a vítima. O artigo é eminentemente crítico, e o apelado sempre adotou postura enfática em relação à emissora na qual a vítima trabalha, de forma que o autor não elogia a vítima, ao revés, a critica, dizendo que ela não tem nenhuma característica boa.

Entretanto, ainda que se entendesse que a expressão “*negro de alma branca*” foi utilizada no sentido alegado pelo réu²⁸, ou seja, para designar “*o negro que não assume sua negritude para combater a discriminação e o privilégio*” a sua conduta seria típica, pois, na ânsia de criticar a vítima, o autor acabou por taxá-la de pessoa que renega suas próprias origens, o que já é apto a configurar ofensa relacionada à cor.

A vítima, ao ser ouvida em juízo, descreveu o abalo que o réu causou à sua honra ao taxá-la de pessoa que renega suas próprias origens, esclarecendo que a matéria divulgada pelo réu o ofendeu profundamente.

²⁶ Fl. 527

²⁷ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, 2: dos crimes contra a pessoa*. 12ª ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Fl. 352.

²⁸ Fl. 792.

Confirmam-se excertos de sua declaração²⁹:

quando diz que eu sou negro de alma branca, eu fico muito mal; negro de alma branca, eu não sirvo para nenhum dos lados, eu sou a vergonha dos negros porque eu não me comporto como negro, eu queria ser branco e eu sou a vergonha dos brancos porque eu jamais conseguirei ser branco. ...omissis... meu avó era varredor de rua, foi com ele que eu mais aprendi, ele era analfabeto e a mãe dele era ex-excrava e beneficiária da lei do ventre livre; ..omissis... eu tenho o maior orgulho de ser negro; eu não cheguei a uma posição profissional para deixar de ser negro; ..omissis... como eu vou fazer uma conferência, eu fico com receio de alguém me perguntar sobre uma coisa dessa em auditório; ..omissis... como eu faço para andar; ..omissis... porque eu vou ter vergonha da minha raça. ..omissis... eu vivo disso, jornalista vive da credibilidade dele; ...omissis... há uma mancha grande na minha credibilidade; ..omissis... me causou um prejuízo que não adiante eu falar quem eu sou (destaquei)

A testemunha Frederico Ferreira da Silva esclareceu que³⁰ “o réu é muito respeitado” e que a frase negro de alma branca “é pejorativa ..omissis... que considerou uma situação que denigre a imagem da pessoa”, acrescentando que “na nossa área, deva se fazer somente crítica relacionada ao trabalho e ao desempenho frente à televisão, sem se referir à esfera de cor”.

Portanto, independentemente do sentido conferido pelo réu ao empregar tal expressão, que se refere à cor da pele, suas palavras ofenderam a dignidade e o decoro da vítima.

Quanto à presença do dolo específico, conforme já asseverado, o próprio denunciado deixou claro que a sua intenção era criticar a vítima.

Em juízo³¹, ao ser questionado “se a referencia que faz a *Heraldo* como ‘negro de alma branca’, foi uma crítica à postura dele de não defender o negro, utilizando para isso o poder de comunicação da *Globo*” o réu respondeu afirmativamente, o que deixa claro que o réu, com sua conduta, ao menos assumiu o risco de denegrir a imagem da vítima em decorrência de sua cor.

²⁹ Fl. 527

³⁰ Fl. 527

³¹ Fl. 793.

Esclarece-se que, diversamente do requerido pelo recorrente, em relação a esse primeiro fato, não há que se falar em dois crimes de injúria, conforme descrito na denúncia, tendo em vista que houve uma só conduta e um só resultado.

Assim, em que pese o réu ter escrito a reportagem amparado pela adversidade que mantinha em relação à emissora na qual trabalha a vítima, ele acabou desvirtuando a matéria para, dolosamente, atingir a honra subjetiva da vítima utilizando para isso elementos referentes à sua cor, estando incurso, por uma vez, no art. 140, § 3º, do Código Penal, de modo que se mostra correta a readequação típica promovida pelo sentenciante.

DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

Mantida a desclassificação realizada pelo Magistrado *a quo*, resta verificar se, de fato, ocorreu a extinção da punibilidade em razão da decadência.

Nos termos do parágrafo único do art. 145 do Código Penal, com a redação conferida pela Lei n. 12.033, de 29/09/09, o crime de injúria preconceituosa se procede mediante ação penal pública condicionada à representação da vítima.

Sabe-se que a vítima tem o prazo de 6 (seis) meses a contar da data em que veio a saber quem era o autor dos fatos, para oferecer a representação.

Conforme pacífico entendimento jurisprudencial e doutrinário, a representação não exige rigor formal, bastando para supri-la qualquer manifestação de vontade da vítima no sentido de ver o autor do crime ser processado.

Nesse sentido, confira-se o entendimento de Tribunal:

PENAL E PROCESSO PENAL. LESÃO CORPORAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRELIMINAR. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. TESTEMUNHA COMPROMISSADA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. É indiscutível, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a desnecessidade de formalismo para a representação. Não há forma

rígida prescrita na lei para a representação, há que se aceitar qualquer manifestação inequívoca do ofendido ou do representante legal que permita inferir o desejo de iniciar a persecução penal do fato criminoso condicionado a esta condição de procedibilidade.

...omissis...

4. Preliminar rejeitada e, no mérito negado provimento ao recurso. (Acórdão n.639724, 20100710012109APR, Relator: JOAO TIMOTEO DE OLIVEIRA, Revisor: SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, Publicado no DJE: 10/12/2012. Pág.: 318, destaquei)

No caso dos autos, a notícia foi veiculada na internet no dia 5/09/09, e a vítima apresentou *notitia criminis* postulatória ao Ministério Público em 17/3/10, portanto 6 (seis) meses e 12 (dias) após a publicação.

No entanto, não se pode ter a certeza de que no mesmo dia em que a matéria foi publicada a vítima tomou conhecimento dela, mormente porque, diante dos conflitos já existentes, é certo que ela não tinha o hábito de diariamente consultar as matérias veiculadas pelo réu em seu sítio eletrônico.

A vítima, em juízo³², destacou que ficou sabendo da notícia em apreço quando chegou à Central Globo de Produções e foi questionada por colega de trabalho se ele teria tido conhecimento das reportagens veiculadas pelo réu, sem, no entanto, esclarecer o dia exato em que isso ocorreu. Além disso, a vítima, ao ser questionada pela advogada de defesa, negou que acompanhava as publicações do réu³³.

Assim, diante de dúvida a respeito da data em que a vítima veio a saber da ocorrência do crime e de quem era o autor, não pode o Magistrado reconhecer a decadência, porque o prazo decadencial estabelecido pelo legislador foi fixado com o objetivo de se impedir que o réu ficasse a mercê da vontade da vítima.

Nesse sentido, bem esclarece Julio Fabbrini Mirabete³⁴:

o texto legal, ao prever o prazo decadencial, condiciona-o à circunstância de saber o ofendido, ou seu representante, quem é o autor do crime. Começa a fluir, portanto, da certeza ou quase certeza do cometimento do crime e não de simples suspeitas. Para a declaração da decadência é indispensável prova inequívoca no sentido de que o ofendido, apesar de

³² Fl. 527, entre os 10 primeiros minutos.

³³ Fl. 527, aproximadamente aos 42'.

³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, vol. 1: parte geral*. 24 ed. rev e atual. até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas. 2008. Pág. 407.

ciente da autoria, não atuou no prazo legal. Havendo dúvida a respeito da data da ciência do conhecimento da autoria do fato pela vítima, não pode ser reconhecida.

Seguindo esse entendimento, confira-se a lição do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DECADÊNCIA. PRAZO. HABEAS-CORPUS. AÇÃO PENAL. QUEIXA-CRIME. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CRIME DE CALÚNIA. ADVOGADO. INVIOABILIDADE PROFISSIONAL. CF, ARTIGO 133. CP, ARTIGO 142, I.

- O prazo de decadência de seis meses do direito de queixa expresso na regra geral do artigo 38, do Estatuto Processual Penal, é contado do dia em que o ofendido vier a tomar ciência da autoria do fato.

- Não ocorre a extinção da punibilidade pela decadência do direito de queixa na hipótese em que não restou comprovado nos autos a data do termo a quo da decadência.

...omissis...

- Habeas-corpus denegado. (STJ, HC 20648 / AM, Relator Min. Vicente Leal, 6ª Turma, julgado em 06/06/2003, DJ 24/03/2003 - destaques).

Da mesma forma, já se manifestou este egrégio Tribunal de Justiça:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES DE CALÚNIA INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. QUEIXA-CRIME. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA. DÚVIDA ACERCA DA DATA EM QUE OS OFENDIDOS TOMARAM CIÊNCIA DO CRIME E DA AUTORIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NAO RECONHECIDA. DECADÊNCIA AFASTADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O prazo decadencial, para o ajuizamento de ação penal privada começa a decorrer a partir da data em que o ofendido vem a saber, de forma inequívoca, da ocorrência do crime e de quem é o seu autor. Havendo dúvida, deve a decadência ser afastada.

2. Não restando assentado nos autos, de forma inequívoca, a data em que os ofendidos tomaram ciência do crime e da autoria, havendo datas dentro e fora do prazo decadencial, é de rigor afastar a extinção da punibilidade e determinar a continuidade da ação penal privada, afastando-se a preliminar de decadência.

3. É remansosa a jurisprudência no sentido de que, para o reconhecimento da decadência, é preciso que fique demonstrada de forma inequívoca, nos autos, a data em que o ofendido soube do crime e de sua autoria.

4. Recurso conhecido e provido para cassar a sentença e determinar a continuidade da ação, afastada a preliminar de decadência. (Acórdão n.521925, 20090110503228RSE, Relator: ROBERVAL CASEMIRO

BELINATI, 2ª Turma Criminal, Publicado no DJE: 01/08/2011. Pág.: 160 - destaquei).

No caso, a vítima ofereceu a *notitia criminis postulatoria* 6 (seis) meses e **12 (doze) dias** após a data da publicação da reportagem e não se pode ter a certeza da data em que tenha tomado ciência de quem era o autor do crime, razão pela qual, não deve ser reconhecida a decadência do direito de representação.

O douto Procurador de Justiça, Mário Perez de Araújo, bem asseverou que³⁵ *“a dúvida acerca da data da ciência da autoria do delito por parte da vítima deve ser resolvida pro societate, possibilitando o exercício da ação penal, a persecução e, por fim, a implementação do princípio da proteção penal eficiente. Entender de modo diverso seria ferir de morte, à clarividência, o disposto no art. 38 da Lei Processual.”*

Desse modo, mantida a condenação do réu pela prática do crime previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal e afastada a causa extintiva da punibilidade, passa-se à dosimetria da pena.

DA DOSIMETRIA DA PENA

Com observância dos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e razoabilidade, passa-se a fixar a reprimenda do réu em relação ao crime previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal, cuja pena mínima é de 1 (um) ano de reclusão.

Primeira fase

Da culpabilidade

Entende-se por culpabilidade o grau de reprovabilidade da conduta do réu que exorbita a reprovação inerente ao tipo penal.

No caso, o réu é jornalista de renome nacional, conhecido, inclusive, por atuar em questões sociais e humanitárias, ostentando condição de figura pública que serve de referência para diversas outras pessoas, razão pela

³⁵ Fl. 1373.

qual a notícia veiculada causou perplexidade e repercussão maior do que o esperado nos tipos da mesma espécie.

Dessa forma, a culpabilidade deve ser considerada em desfavor do condenado.

Dos antecedentes

Entende-se por antecedentes a vida pregressa do réu em matéria criminal.

Conforme a certidão de fls. 828, o réu não ostenta em seu desfavor qualquer condenação criminal transitada em julgada, razão pela qual essa circunstância judicial deve ser valorada em seu favor.

Da conduta social

Conforme os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, a conduta social é entendida como *“o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho da escola, da vizinhança. O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor (...)”*³⁶.

O réu Paulo Henrique Amorim tem trabalho lícito e o seu papel no contexto social é bom, motivo porque ele ostenta boa conduta social.

Da personalidade

A personalidade é compreendida como a síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na lição de Cezar Roberto Bitencourt, *“na análise da personalidade, deve-se verificar sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu”*³⁷.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

³⁷ In “Tratado de Direito Penal – Parte Geral, volume 1”, 13ª ed., São Paulo – SP, Ed. Saraiva, p. 592.

No caso, não se verifica que o réu tem má índole ou desvio de caráter, devendo a personalidade ser considerada em seu favor.

Dos motivos

Os motivos do crime são os fundamentos que levaram o agente a praticar o crime.

Certamente, o réu praticou o crime de injúria preconceituosa com o objetivo de ofender a honra da vítima em razão de sua cor. Assim, os motivos do crime se confundem com o elemento subjetivo do tipo, não podendo ser considerado na dosimetria da pena.

Portanto, também essa circunstância judicial é favorável ao réu.

Das circunstâncias

As circunstâncias do crime referem-se ao modo empregado pelo agente na prática do crime que, não compondo o crime, influencia na gravidade de como ele foi praticado.

No caso dos autos, o fato de o réu ter publicado as ofensas em sítio da internet certamente influencia na gravidade de como ele foi praticado. No entanto, tal circunstância configura a causa de aumento de pena prevista no inciso III do artigo 141 do Código Penal devendo ser levada em consideração na terceira etapa de dosimetria da pena.

Assim, não se agrava a pena-base em razão das circunstâncias do crime.

Das consequências

As consequências do crime que justificam o agravamento da pena-base é aquele mal causado pelo delito que transcende ao resultado típico.

Em juízo, a vítima afirmou que³⁸ *“como eu fico internamente na Rede Globo, eu tenho uma carreira; ...omissis... será que eu não posso ter sido preterido; ...omissis... a partir desse episódio eu só cumpro tabela na Globo;*

³⁸ Fl. 527.

...omissis... eu vivo da minha credibilidade; ...omissis... há uma mancha grande na minha credibilidade”.

Dessa forma, é evidente que a lesão à dignidade e ao decoro da vítima provocou consequência que exorbita os resultados típicos, porque a vítima é figura pública, que depende de sua imagem para exercer a profissão, e, com os ultrajes provocados pelo crime, ele encontrou dificuldades perante a sociedade e a sua profissão, abalando tanto a honra subjetiva, tutelada pelo tipo, quanto a sua honra objetiva, o que justifica a elevação da pena-base.

Do comportamento da vítima

O comportamento da vítima, considerada elemento neutro, é o modo de agir do ofendido que pode ter contribuído para a prática do crime.

No caso, não há qualquer indício de que a vítima tenha provocado ou estimulado a prática do crime, não havendo que se falar em comportamento da vítima.

Diante do exposto, considerando como desfavorável ao réu a culpabilidade e as consequências do crime, aumento a pena-base em 6 (seis) meses de reclusão, fixando-a em **1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão**.

Segunda fase

Não se verifica a existência de quaisquer das circunstâncias agravantes previstas no art. 61 do Código Penal.

No entanto, observa-se que o réu, no dia 22/02/2013, completou setenta anos de idade, conduzindo ao reconhecimento da atenuante prevista no inciso I do artigo 65 do Código Penal, tendo em vista que este acórdão reformou a sentença para, afastando a extinção da punibilidade, condenar o réu como incurso no § 3º do art. 140 da citada lei.

Nesse sentido, preleciona Guilherme de Souza Nucci que³⁹ *“se o magistrado não pôde aplicar a atenuante na ocasião da sentença, porque o réu possuía, por exemplo, 69 anos, é ilógico que no julgamento de eventual recurso o tribunal possa fazê-lo: afinal o juiz não se equivocou na fixação da pena. Entretanto, se o magistrado de 1º grau absolveu o réu e o tribunal o*

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Penal Comentado*. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Pág. 471.

condenar, pode-se considerar o acórdão como 'sentença', pois foi a primeira decisão condenatória havida nos autos."

Assim, diante da atenuante da senilidade, diminuo a pena em 3 (três) meses de reclusão, ficando a reprimenda, nessa etapa, **em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão.**

Terceira fase

Inexiste qualquer causa de diminuição de pena.

No entanto, de acordo com o inciso III do art. 141 do Código Penal, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) quando o crime for cometido "*na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.*"

No caso, o réu publicou a matéria em seu sítio da internet, o qual é acessado diariamente por inúmeras pessoas, facilitando, assim, a divulgação da injúria.

Portanto, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço), de modo a **torná-la definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.**

DA PENA PECUNIÁRIA

Na fixação da pena pecuniária, o Julgador deve observar as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, e o disposto no art. 49, *caput*, ambos do Código Penal, para estabelecer o número de dias-multa entre o mínimo de 10 e o máximo de 360 dias. Já para a fixação do valor do dia-multa, há que estar atento ao artigo 49, § 1º, do citado Diploma legal, considerando, ainda, a situação econômica do condenado, nos moldes do artigo 60 do mesmo *Codex*, e a proporcionalidade com a pena corporal imposta.

No caso, a pena corporal foi fixada oito meses acima do mínimo legal, motivo pelo qual, a estipulação da pena pecuniária em **15 (quinze) dias-multa** atende ao critério da proporcionalidade.

Em relação ao valor do dia-multa, percebe-se que ele deve ser estabelecido acima do mínimo legal sob pena de tornar a pena pecuniária ineficaz diante da capacidade econômica do réu, que é jornalista de renome e trabalha para empresa televisiva de significativa importância nacional.

Portanto, fixa-se a pena pecuniária **em 15 (quinze) dias-multa, calculados unitariamente à razão de 1 (um) salário mínimo vigente à época do crime, devidamente atualizado.**

DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA

Nos termos da alínea “c” do § 2º do art. 33 c/c §3º do art. 33 do Código Penal, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o aberto, pois o réu é primário e a pena a ele imposta foi aquém de 4 (quatro) anos.

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS

A pena corporal deve ser substituída por restritiva de direitos, quando estiverem presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, que assim estabelece:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

...omissis...

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

O réu foi apenado com pena inferior à quatro anos por crime cometido sem violência e sem grave ameaça, ele é primário e a maioria das circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, estando presentes, portanto, todos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pela norma penal.

Assim sendo, substituo a reprimenda por duas restritivas de direito nos moldes e limites a serem fixados pelo Juízo das Execuções.

2º FATO

A inicial acusatória imputou ao réu a prática do crime previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal, em razão de ter ele elaborado e veiculado em sítio eletrônico de sua responsabilidade a seguinte notícia⁴⁰:

Anatomia de um vídeo: Globo se ajoelha diante de Gilmar

O vídeo deveria envergonhar o Ali Kamel, diretor de jornalismo da Globo, e feroz inimigo das cotas para negros nas universidades. O "repórter" Heraldo Pereira já trabalhou para Gilmar Dantas (), como professor de um curso de pós-graduação em Direito Constitucional que o Ex-Presidente Supremo do Supremo ministrava em Brasília por um equivalente ao SMS. No jornal da globo, ele é coadjuvante desta reportagem em que o Ex-Presidente Supremo faz uma espécie de "canto de cisne". Clique aqui para ler: "Gilmar + Dantas foi uma tragédia. Peluso assume. O ar que se respira é menos pesado". É um trololó sobre a tele-conferência, como se ele fosse o Graham Bell de Diamantino. A proposta do Conselho Nacional de Justiça está três décadas atrasada e depende de aprovação do Congresso. Portanto, o objeto da entrevista é inútil. O problema não é o conteúdo. É a forma. Pereira se agacha, se ajoelha para entrevistar Ele. É a posição do PiG (*) em relação a Ele, durante os dois anos em que foi Presidente Supremo do Supremo: de joelhos. O "repórter" simula uma entrevista inesperada. A primeira sequência é dilacerante: a câmera abandona o "repórter" e localiza o entrevistado perplexo, atônito, como se não soubesse que estava para entrar no Panteão da Globo. Coitado, o Supremo Presidente trabalha tanto, até altas horas da noite, diz o "repórter". No gabinete de trabalho, na labuta de acelerar os processos judiciais - sobretudo os que envolvem o Daniel Dantas ... - Ele se dispõe a receber o "repórter". De paletó e gravata, sentado, ele não convida o "repórter" a sentar. Quem é a imprensa para merecer tal distinção? Nem o "repórter" ousa tanto: ele prefere se ajoelhar. A intempestiva entrevista tem a função de demonstrar: 1) que Ele é um infatigável servidor público, pronto a prestar informações ao distinto público; 2) a Globo estará sempre ali, de joelhos diante dos poderosos, sempre disposta a informar o distinto público. A linguagem do vídeo é devastadora. Mostra o que Ele é. Intelectualmente irrelevante. Politicamente arrogante. E como ficam a Globo e seus "repórteres": de joelhos. Ou como diz adorável amiga navegante: ajoelhou tem que rezar. Paulo Henrique Amorim.*

A r. sentença absolveu o réu por entender pela atipicidade da conduta, em face do que se insurgiu o recorrente alegando que a reportagem acima ofendeu com contorno racial a dignidade da vítima.

DA ADEQUAÇÃO TÍPICA

⁴⁰ Fls. 102/105.

Como amplamente já exposto, em casos como o em apreço, exige-se cautela mais rigorosa por parte dos julgadores na medida em que deve ser analisado o confronto entre direitos constitucionais de suma relevância.

A limitação ao direito à liberdade de expressão somente deve ocorrer quando a pessoa exceder os limites impostos pela lei ou pela moral, sob pena de se impedir a livre circulação de ideias.

Em relação a essa segunda reportagem, como bem consignado pelo Magistrado *a quo*, não restou demonstrado de forma incontestável que o réu tenha agido com o intuito de macular ou ofender a honra da vítima.

Os comentários do réu evidenciam seu inconformismo em relação à postura adotada pela emissora na qual a vítima trabalha de submissão ao Poder Judiciário, sendo que a conduta profissional da vítima apenas evidencia essa submissão.

O trecho inicial da reportagem, no qual o réu discorre que "*O vídeo deveria envergonhar o Ali Kamel, diretor de jornalismo da Globo, e feroz inimigo das cotas para negros nas universidades. O "repórter" Heraldo Pereira já trabalhou para Gilmar Dantas*" na verdade configura crítica às ideias defendidas por Ali Kamel e ao fato de a vítima ter se curvado durante a entrevista ao então Presidente do egrégio Supremo Tribunal Federal, sendo que dar interpretação mais ampla como requer o recorrente exigiria do intérprete subjetivismo incompatível com o Direito Penal.

Cabe destacar que essa segunda notícia foi veiculada quando o Supremo Tribunal Federal estava analisando caso de grande repercussão nacional, com o envolvimento direto de seu então Presidente. Assim, em que pese o tom rude empregado pelo réu e as expressões por vezes desnecessárias, ele agiu com verdadeiro *animus narrandi*, não se verificando, com a certeza necessária para a configuração de crime, o intuito de ofender a dignidade da vítima.

Nesse sentido, o Juiz sentenciante destacou que⁴¹ "*diferente da primeira publicação, a alusão ao ofendido e a Ali Kamel fez-se exclusivamente no plano das ideias. Houve crítica, ainda que implícita, à posição assumida por Ali*

⁴¹ Fl. 1153.

Kamel, relacionando-a com o fato de Heraldo Pereira ser negro. Mas foi só. Não ficou demonstrado qualquer ofensa.”

Embora o réu tenha usado termos fortes, tal fato é insuficiente para a configuração do crime de injúria, tendo em vista que de uma leitura atenta a essa reportagem percebe-se que o ânimo do réu em relação à vítima foi o de narrar os fatos, criticando sua postura enquanto jornalista de emissora rival à qual o réu pertence, sem, no entanto, extrapolar os limites impostos ao exercício do direito à livre manifestação do pensamento.

O d. Procurador de Justiça, Mário Perez de Araújo consignou que⁴²:

o que se tem é o exercício do direito de livre manifestação e expressão do pensamento do denunciado, o qual deve ser garantido nas democracias. É dizer: por mais ácidas e severas que sejam as críticas formuladas pelo acusado, estas não se valerem da raça do criticado e tampouco extrapolarão – no que tange à segunda imputação – o limite do razoável e do bom senso, devendo ser toleradas em um ambiente democrático e onde se pretende respeitar a liberdade de imprensa.

De outro lado, apesar do alegado pelo recorrente, a recalcitrância do réu em cumprir o acordo cível que determinou a retirada das matérias em apreço do sítio da internet de sua responsabilidade não pode atestar o dolo com o qual agiu o réu, porque as transações cíveis não são assunções de responsabilidade.

Ademais, o fato de a vítima ter ou não trabalhado no Instituto de Direito Público – IDP - pouco importa para a configuração do crime de injúria, já que esse delito não admite exceção de verdade.

Por fim, acrescenta-se que, diversamente do alegado pelo recorrente, não se pode entender que essa reportagem é a continuação do ataque preconceituoso contra o ofendido, porque, além de ter sido divulgada aproximadamente seis meses depois da primeira notícia, os conteúdos das críticas são distintos, pois na primeira o réu se limitou a criticar a vítima enquanto pessoa destacada do contexto jornalístico, sendo que nessa última ele abordou

⁴² Fl. 1366.

questões políticas envolvendo o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e o então Presidente desses órgãos.

Portanto, é imperiosa a manutenção da absolvição do recorrido em relação à segunda imputação da inicial acusatória.

DA REPARAÇÃO POR DANOS

O Ministério Público requereu a condenação do apelado à reparação do dano, em pecúnia, em parâmetros razoáveis.

Razão não lhe assiste.

Incabível a condenação na reparação por danos, porquanto as partes realizaram acordo judicial de composição de danos⁴³, o qual foi homologado por sentença transitada em julgado⁴⁴, razão pela qual a condenação nessa esfera acarretaria *bis in idem*.

DA EFETIVAÇÃO DA DECISÃO QUE DETERMINOU A RETIRADA DAS NOTÍCIAS

O recorrente ainda pleiteou a efetivação da decisão que determinou ao apelado a retirada das matérias do sítio da internet.

No entanto, conforme o documento de fl. 316, o réu já cumpriu a determinação judicial.

Acrescente-se que a retirada das matérias em apreço do site de responsabilidade do réu também já havia sido objeto de acordo entre as partes no Juízo Cível⁴⁵.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** aos recursos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e do Assistente de Acusação para, em relação à primeira imputação, condenar o réu pela prática do crime previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal, à pena de **em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multas, à razão unitária de 1 (um) salário mínimo**, em regime aberto, **substituindo a reprimenda corporal por**

⁴³ Fls. 970/971.

⁴⁴ Informação extraída do sítio eletrônico deste Tribunal.

⁴⁵ Informação extraída do sítio eletrônico deste Tribunal. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTRA&CIRCUN=1&SEQAND=197&CDNUPROC=20100110434649>. Acesso em 7/2/13.

duas restritivas de direitos nos moldes a serem estabelecidos pelo Juízo das Execuções, mantendo os demais termos da sentença.

É o voto.

O Senhor Desembargador JOÃO BATSITA TEIXEIRA – Revisor

A denúncia imputa ao apelado a prática dos delitos tipificados no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/1989, e art. 140, § 3º, c/c o art. 141, inciso III, ambos do Código Penal, porque teria ele incitado o preconceito de raça e cor, em razão de publicação de textos em site de sua responsabilidade, denominados “Conversa Afiada” (www.paulohenriqueamorim.com.br), com os seguintes títulos: “Heraldo é o negro de alma branca” e “Anatomia de um vídeo: Globo se ajoelha diante de Gilmar”.

Pela sentença de fls. 1141-1154, foi desclassificado o delito descrito no § 2º do art. 20 da Lei nº 7.716/1989 para o previsto no § 3º do art. 140 do Código Penal, declarando a extinção da punibilidade, nos termos do inciso IV do art. 107 do Código Penal; quanto ao segundo delito, tipificado no § 3º do art. 140 c/c o inciso III do art. 141, ambos do Código Penal, foi o apelado absolvido, por atipicidade da conduta, por entender que não restou comprovado o dolo de injuriar, na forma do inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal.

O Ministério Público, nas razões de fls. 1163-1240, sustenta que o primeiro fato narrado na denúncia configura o delito descrito no art. § 2º do art. 20 da Lei nº 7.716/1989, ao argumento de que a expressão “negro de alma branca” evidencia conteúdo preconceituoso, ao sugerir que as pessoas de cor negra são associadas a valores negativos, melhores apenas se possuírem “alma branca”. Aduz que o dolo do apelado restou confirmado no instante em que ele associa a citada expressão às qualidades do ofendido “negro e de origem humilde”. Acrescenta que, caso não se entenda pela capitulação jurídica indicada na denúncia dada a essa conduta, que seja afastada a decadência, visto que o ofendido teve ciência da autoria do crime apenas em 16.03.2010.

Em relação à segunda reportagem, afirmou ser ela continuidade da primeira, pois o apelado qualificou o ofendido como serviçal, subjugado e empregado, o que envergonharia Ali Kamel, que defende a idéia de que existe democracia racial no Brasil.

Requer, quanto ao primeiro fato, a condenação do apelado pelo delito descrito na denúncia (art. § 2º do art. 20 da Lei nº 7.716/1989, por duas vezes). Subsidiariamente, se mantida a desclassificação realizada pelo MM. Juiz da conduta tipificada no mencionado dispositivo legal para a prevista no § 3º do art. 140 c/c o art. 141, inciso III, ambos do Código Penal, que seja afastada a decadência. No tocante ao segundo fato, pleiteia a condenação do apelado pelo delito descrito no § 3º do art. 140 c/c o art. 141, inciso III, ambos do Código Penal. Por fim, postula que seja determinada reparação do dano, em parâmetros razoáveis, bem como a retirada das matérias de seu sítio eletrônico.

Contrarrazões às fls. 1256-1297, em que a defesa pugna pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 1361-1374, oficiou pelo parcial provimento do recurso para condenar o apelado pelo crime tipificado no § 3º do art. 140 do Código Penal c/c o art. 383 do Código de Processo Penal.

Razão em parte assiste ao Órgão Ministerial.

A questão fundamental cinge-se em saber se as expressões contidas nos dois textos publicados, em 05.09.2009 e 11.03.2010, pelo apelado em sítio eletrônico de sua responsabilidade configuram os delitos indicados na denúncia.

PRIMEIRO TEXTO PÚBLICADO (§ 2º do art. 20 da Lei nº 7.716/1989, por duas vezes).

Materialidade incontroversa

A **materialidade** do fato está comprovada pela notícia crime (fls. 14-33) e pela Ata Notarial do 24º Ofício de Notas do Rio de Janeiro (fls. 48v-64).

Autoria sobejamente provada

A **autoria**, de igual modo, restou demonstrada, uma vez que o apelado confessou ter publicado em seu sítio eletrônico a referida matéria (fls. 789-790).

a) Desclassificação da conduta tipificada no § 2º do art. 20 da Lei nº 7.716/1989 (por duas vezes) para a prevista no § 3º do art. 140, c/c o inciso III do art. 141, ambos do Código Penal.

Consta da denúncia que o apelado praticou, por duas vezes, o crime descrito no § 2º do art. 20 da Lei nº 7.716/1989, ao publicar, no dia 05.09.2009, o texto com o título “Globo mente em rede nacional e desmente em rede local”, e fazer constar o seguinte comentário sobre o ofendido:

*(...) Ontem , por exemplo, o funcionário de Gilmar Dantas(**) Heraldo Pereira, que faz bico na Globo, fez uma longa exposição para justificar o seu sucesso. **E não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde. Heraldo é o negro de alma branca.** Ou, a prova de que o livro do Ali Kamel está certo: o Brasil não é racista. Racista é o Ali Kamel (Grifou-se) (fls. 49)*

Dispõe o art. 20 e seu § 2º da Lei nº 7.716/1989:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

(...).

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza.

A meu sentir, dúvida não há de que a expressão “negro de alma branca” é ofensiva à honra, haja vista a utilização de elementos relacionados à cor, bem como o fato de ser ela empregada no sentido depreciativo, indicando que embora negro, possui características que o elevam à condição de pessoa branca.

Todavia, resta saber se a mencionada conduta se amolda ao tipo penal acima transcrito ou ao tipificado no § 3º do art. 140 do Código Penal.

A diferença entre o delito de preconceito racial e a injúria qualificada reside no elemento volitivo do agente. Com efeito, se a intenção for ofender número indeterminado de pessoas ou, ainda, traçar perfil depreciativo ou segregador em relação a uma raça ou cor, o crime será de discriminação racial, conforme preceitua o art. 20 da Lei nº 7.716/1989. Contudo, se o objetivo for apenas atacar a honra de alguém, valendo-se, para tanto, de sua raça ou cor – meio intensificador da ofensa –, estará configurado o delito de injúria disciplinado no § 3º art. 140 do Código Penal.

Registre-se, ainda, que o tipo penal descrito no art. 20 da Lei nº 7.716/1989 é excessivamente aberto, e, portanto, incompatível com a certeza e a taxatividade que se exige dos tipos penais em um Estado Democrático de Direito.

No caso em exame, conforme bem destacou o douto Procurador de Justiça em seu parecer, decidiu corretamente o MM. Juiz sentenciante ao proceder à adequação formal do tipo penal descrito na peça acusatória para o previsto no § 3º do art. 140 do Código Penal, uma vez que o acervo probatório constante dos autos deixa evidente que, ao proferir as expressões “Heraldo é o negro de alma branca”, e “não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde”, o apelado não teve a intenção de ofender toda a comunidade negra, mas sim atingir e macular a honra subjetiva do ofendido.

Ressalte-se, ademais, que a ausência do dolo de incriminar toda a comunidade negra está evidenciada pelos documentos coligidos aos autos (fls. 257-285), que comprovam que o apelado, no desempenho da atividade jornalística, publicou matérias respeitosas à questão racial e contra o racismo.

Assim, correta a sentença que desclassificou a conduta do réu do tipo penal descrito na denúncia para o previsto no § 3º do art. 140, c/c o inciso III do art. 141, ambos do Código Penal, porquanto não configurado o crime tipificado no § 2º do art. 20 da Lei nº 7.716/1989, tanto na modalidade de praticar quanto na de induzir à prática do racismo diante da ausência de dolo de discriminar toda a coletividade negra.

b) Pedido de afastamento da decadência do crime acima citado.

Contudo, diferentemente do que entendeu o douto magistrado, entendo que, no caso, não há nos autos prova de que a representação do ofendido ocorreu após o decurso do prazo de seis meses.

Nos termos do art. 145 do Código Penal, o crime de injúria racial se procede mediante representação do ofendido, a qual deve ocorrer no prazo de seis meses, contados da data em que ele teve conhecimento da autoria dos fatos, a teor do art. 38 do Código de Processo Penal.

Ocorre que, consoante entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência, para a representação, não se exige formalismo, ou seja, não há forma rígida prescrita em lei, bastando que haja a manifestação expressa do ofendido ou do representante legal no sentido de que pretende iniciar a persecução penal do fato criminoso.

Na hipótese em tela, o texto foi veiculado no sítio eletrônico de responsabilidade do apelado no dia 05.09.2009, e o ofendido apresentou *notitia criminis* em 17.03.2010 (fls. 14-33), portanto, 6 meses e 12 dias após a sua publicação. Contudo, ao contrário do que consignou o MM. Juiz sentenciante, não se pode afirmar que o ofendido tenha tomado ciência do texto injurioso na data em que foi publicado, até porque ele informou, em Juízo, que não acompanhava as publicações do réu, bem como que ficou sabendo da notícia em questão por meio de colegas da Central Globo de Produções, contudo, não soube informar a data exata de sua ciência dos fatos (mídia – fls. 527).

Com efeito, como bem destacado pela Procuradoria de Justiça, havendo dúvida acerca da data em que o ofendido teve ciência do fato e de quem era o seu autor, inviável a extinção da punibilidade pela decadência, visto que o seu reconhecimento depende de inequívoca prova nos autos da data de ciência do fato de sua autoria pelo ofendido.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DECADÊNCIA. PRAZO. HABEAS-CORPUS. AÇÃO PENAL. QUEIXA-CRIME. AUSÊNCIA DE JUSTA

CAUSA. CRIME DE CALÚNIA. ADVOGADO. INVOLABILIDADE PROFISSIONAL. CF, ARTIGO 133. CP, ARTIGO 142, I.

O prazo de decadência de seis meses do direito de queixa expresso na regra geral do artigo 38, do Estatuto Processual Penal, é contado do dia em que o ofendido vier a tomar ciência da autoria do fato.

Não ocorre a extinção da punibilidade pela decadência do direito de queixa na hipótese em que não restou comprovado nos autos a data do termo a quo da decadência.

(...). Habeas-corpus denegado. (HC 20648/AM, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2003, DJ 24/03/2003, p. 286).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES DE CALÚNIA INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. QUEIXA-CRIME. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA. DÚVIDA ACERCA DA DATA EM QUE OS OFENDIDOS TOMARAM CIÊNCIA DO CRIME E DA AUTORIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NAO RECONHECIDA. DECADÊNCIA AFASTADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O prazo decadencial, para o ajuizamento de ação penal privada começa a decorrer a partir da data em que o ofendido vem a saber, de forma inequívoca, da ocorrência do crime e de quem é o seu autor. Havendo dúvida, deve a decadência ser afastada.

2. Não restando assentado nos autos, de forma inequívoca, a data em que os ofendidos tomaram ciência do crime e da autoria, havendo datas dentro e fora do prazo decadencial, é de rigor afastar a extinção da punibilidade e determinar a continuidade da ação penal privada, afastando-se a preliminar de decadência.

3. É remansosa a jurisprudência no sentido de que, para o reconhecimento da decadência, é preciso que fique demonstrada de forma inequívoca, nos autos, a data em que o ofendido soube do crime e de sua autoria.

4. Recurso conhecido e provido para cassar a sentença e determinar a continuidade da ação, afastada a preliminar de decadência. (Acórdão n.521925, 20090110503228RSE, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 21/07/2011, Publicado no DJE: 01/08/2011. Pág.: 160).

Assim, afastada a decadência, deve ser mantida a condenação do réu pelo delito tipificado no § 3 do art. 140 c/c o inciso III do art. 141, ambos do Código Penal.

SEGUNDO TEXTO PUBLICADO (no § 3º do art. 140, c/c o inciso III do art. 141, ambos do Código Penal).

c) Pedido de condenação do apelado pelo delito descrito no § 3º do art. 140 c/c o inciso III do art. 141, ambos do Código Penal.

Em relação ao segundo fato narrado na denúncia, entendo que deve ser mantida a sentença que absolveu o réu pelo delito tipificado no § 3º do art. 140, c/c o inciso III do art. 141, ambos do Código Penal, por atipicidade da conduta, nos termos do inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal.

Segundo a peça acusatória, no dia 11.03.2010, o apelado publicou e comentou a notícia “Anatomia de um vídeo: Globo se ajoelha diante de Gilmar”, com o seguinte texto:

O vídeo deveria envergonhar o Ali Kamel, diretor de jornalismo da Globo, e feroz inimigo das cotas para negros nas universidades. O "repórter" Heraldo Pereira já trabalhou para Gilmar Dantas (), como professor de um curso de pós-graduação em Direito Constitucional que o Ex-Presidente Supremo do Supremo ministrava em Brasília por um equivalente ao SMS. No jornal da globo, ele é coadjuvante desta reportagem em que o Ex-Presidente Supremo faz uma espécie de "canto de cisne". Clique aqui para ler: "Gilmar + Dantas foi uma tragédia. Peluso assume. O ar que se respira é menos pesado". É um trololó sobre a teleconferência, como se ele fosse o Graham Bell de Diamantino. A proposta do Conselho Nacional de Justiça está três décadas atrasada e depende de aprovação do Congresso. Portanto, o objeto da entrevista é inútil. O problema não é o conteúdo. É a forma. Pereira se agacha, se ajoelha para entrevistar Ele. É a posição do PiG (*) em relação a Ele, durante os dois anos em que foi Presidente Supremo do Supremo: de joelhos. O "repórter" simula uma entrevista inesperada. A primeira sequência é dilacerante: a câmera abandona o "repórter" e localiza o entrevistado perplexo, atônito, como se não soubesse que estava para entrar no Panteão da Globo. Coitado, o Supremo Presidente trabalha tanto, até altas horas da noite, diz o "repórter". No gabinete de trabalho, na labuta de acelerar os processos judiciais - sobretudo os que envolvem o Daniel Dantas ... - Ele se dispõe a receber o "repórter". De paletó e gravata, sentado, ele não convida o "repórter" a sentar. Quem é a imprensa para merecer tal distinção? Nem o "repórter" ousa tanto: ele prefere se ajoelhar. A intempestiva entrevista tem a função de demonstrar: 1) que Ele é um infatigável servidor público, pronto a prestar informações ao distinto público; 2) a Globo estará sempre ali, de joelhos diante dos poderosos, sempre disposta a informar o distinto público. A linguagem do vídeo é devastadora. Mostra o que Ele é. Intelectualmente irrelevante.*

Politicamente arrogante. E como ficam a Globo e seus "repórteres": de joelhos. Ou como diz adorável amiga navegante: ajoelhou tem que rezar. Paulo Henrique Amorim (fls. 40).

De acordo, ainda, com a denúncia: "Ao afirmar que 'Pereira' se agacha para entrevistar Ele", o apelado está qualificando o ofendido como “um serviçal, um subjugado, um subserviente, um bajulador, um 'empregado' do Ministro Gilmar Mendes, como, aliás, ele já o tem chamado desde o mês de maio

de 2009”. Prossegue o Órgão Ministerial afirmando que as ofensas ganham contorno racial, porque, no mesmo contexto, ele faz alusão a Ali Kamel, indicado por ele como o “diretor de jornalismo da Globo e feroz inimigo das cotas para negros nas universidades” e autor do livro não somos racistas (fls. 9).

Pela leitura do texto acima transcrito, como bem consignou o douto magistrado de primeiro grau, não restou evidenciada a intenção do réu de atingir ou macular a honra do ofendido. Constata-se que o réu relatou e emitiu sua opinião acerca de um fato ocorrido durante uma reportagem realizada pelo ofendido.

Logo, não há que se falar em configuração do delito de injúria, pois consoante jurisprudência, “na injúria não se imputa fato determinado, mas se formulam juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém.” (APn .634/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 21.03.2012, DJe 03.04.2012), o que não ocorreu no caso em exame.

Portanto, neste ponto, deve ser mantida a sentença que absolveu o réu, por atipicidade da conduta, na forma do inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal.

d) Reparação Por Danos

Não prospera o pedido de reparação do dano, uma vez que as partes realizaram acordo judicial de composição dos danos, o qual foi homologado por sentença (fls 970-971), já transitada em julgado, conforme informação extraída do sítio eletrônico deste Tribunal.

e) Retirada dos Textos do Sítio Eletrônico do apelado

De igual modo, quanto a esse pedido, constata-se a ausência de interesse recursal, haja vista que à fl. 316, consta a informação de que o apelado já cumpriu a determinação judicial, retirando os textos de seu sítio eletrônico. Ademais, esse pedido foi objeto do acordo homologado no Juízo Cível.

FIXAÇÃO DA PENA

PRIMEIRA FASE – PENA-BASE

Na primeira fase, acompanho a relatora para valorar como desfavoráveis ao apelado as circunstâncias judiciais da culpabilidade e das consequências do crime, bem como fixar a pena-base em 18 meses de reclusão, 6 meses acima do mínimo legal.

SEGUNDA FASE – PENA AMBULATÓRIA

Na segunda fase, presente a atenuante da senilidade (inciso I do art. 65 do Código Penal) e ausente circunstância agravante, observado o critério utilizado na 1ª fase, reduz-se a pena de 3 meses, ficando em 15 meses.

TERCEIRA FASE – PENA DEFINITIVA

Na terceira fase, inexistente causa de diminuição e presente a causa de aumento prevista no inciso III do art. 141 do Código Penal, aumento a pena em 1/3 (5 meses), tornando-a definitiva em 20 meses, isto é, 1 ano e 8 meses de reclusão.

REGIME PRISIONAL

Estabeleço o regime inicial aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos da alínea “c” do § 3º do art. 33 do Código Penal.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA

Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve ser a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo da VEPEMA.

PENA PECUNIÁRIA

Fixo a pena pecuniária em 15 dias-multa, à razão de um salário mínimo vigente à época do crime, uma vez que sua fixação decorre da natureza dos delitos, da situação econômica do agente e deve guardar certa proporção com a pena privativa de liberdade (art. 49 e § 1º do art. 60 do CP).

Posto isso, voto no sentido de se **CONHECER** e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para, **quanto ao primeiro fato narrado na denúncia, afastar a decadência reconhecida na sentença, e condenar o apelado como incurso no § 3º do art. 140 c/c o inciso III do art. 141, ambos do Código Penal, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo Juízo da VEPEMA, mais 15 dias-multa, à razão de um salário mínimo vigente à época do crime, mantidos os demais termos da sentença.**

É como voto.

O Senhor Desembargador JESUÍNO RISSATO - Vogal

Peço vista.

DECISÃO PARCIAL

Conhecido. A Relatora dá provimento parcial ao recurso, no que é acompanhada pelo voto do revisor. Pediu vista o Vogal.

VOTO-VISTA

O Senhor Desembargador JESUÍNO RISSATO - Vogal

Presentes os pressupostos de admissibilidade conheço dos recursos.

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público do Distrito Federal e Assistente de acusação em face da respeitável sentença de fls. 1141/1154, que desclassificou a imputação de crime de racismo

para o crime de injúria qualificada pelo preconceito, previsto no art. 140, §3º, do CP, declarando, todavia, extinta a punibilidade pela decadência, ante a extemporaneidade do exercício do direito de representação pela vítima, bem como absolveu o acusado da imputação de injúria preconceituosa, concernente ao segundo fato descrito na denúncia, por atipicidade da conduta.

Requer o Ministério Público, em suma: **a)** a condenação do apelado (1º fato) pelo crime de racismo, previsto no art. 20, §2º, da Lei 7.716/89, por duas vezes ou, subsidiariamente, a manutenção da desclassificação para o crime de injúria qualificada pelo preconceito, art. 140, §3º, do CP, afastando-se, entretanto, a declaração de extinção da punibilidade pela decadência, haja vista a tempestividade da representação levada a efeito pela vítima; **b)** quanto ao segundo fato, requer a condenação do acusado como incurso no art. 140, §3º, c/c art. 141, III, ambos do CP; **c)** a reparação dos danos causados à vítima e **d)** a retirada das publicações ofensivas do *blog* mantido pelo réu na rede mundial de computadores.

O assistente de acusação aderiu integralmente às razões recursais, sendo que a defesa apresentou contrarrazões pela manutenção da sentença guerreada.

A Eminente Relatora Desembargadora Nilsoni de Freitas Custódio, após minuciosa análise do feito deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público e do assistente para afastar a decadência e condenar o acusado, quanto ao primeiro fato, pelo crime de injúria qualificada, previsto no art. 140, §3º, do CP, impondo-lhe pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, mais pena pecuniária de 15 (quinze) dias-multa, à cifra de 01 (um) salário mínimo vigente à data do crime, devidamente atualizado.

Já quanto ao segundo fato, manteve *in totum* a r. sentença recorrida no sentido da atipicidade da conduta e conseqüente absolvição do acusado.

No que se refere à reparação de danos, entendeu incabível, uma vez que as partes já haviam chegado a um acordo na esfera cível, tendo a publicação sido retirada da *internet*.

O Eminentíssimo Revisor Desembargador João Batista Teixeira, por seu turno, aduziu razões e acompanhou integralmente as conclusões da E. Relatora.

Nada obstante a completude e percuciência dos votos precedentes, achei por bem pedir vista para melhor exame do feito.

Pois bem.

De início, adiro integralmente aos votos já proferidos no que se refere à absolvição do réu, pelo segundo fato narrado na denúncia, e à desclassificação da imputação de racismo para injúria qualificada pelo preconceito.

Quanto a este, como bem discerniu o douto juízo de primeiro grau, a publicação alvo da denúncia não traduz, nem sequer em tese, ato de preconceito ou discriminação a um número indeterminado de pessoas de cor, pelo contrário, volta-se contra pessoa certa e determinada, sendo este o critério pacífico adotado pela doutrina e jurisprudência para diferenciar o crime de racismo do de injúria racial.

Desse modo, diante de tudo o que já foi dito até aqui, e para evitar repetições meramente dilatórias, acompanho, nesta parte, o voto da Eminentíssima Relatora, de molde a manter a r. sentença fustigada no tocante à desclassificação do crime de racismo para o de injúria qualificada.

Todavia, **divirjo** dos eminentes pares no tocante à decadência do direito de representação, entendendo, na linha do que propugnado pelo MM. Juízo sentenciante, pela sua ocorrência no caso em julgamento.

Com efeito, a publicação reputada ofensiva foi disponibilizada no *blog* do réu em 05 de setembro de 2009, e a vítima representou apenas em 17 de março de 2010, isto é, **13 (treze) dias⁴⁶ depois de expirado o prazo decadencial de 06 (seis) meses, previsto no art. 39 do CPP, c/c art. 103, do Código Penal.**

É certo que a data da publicação na *internet* não firma presunção absoluta de conhecimento da autoria dos fatos, mas parece salutar que sirva ao menos como parâmetro objetivo de contagem do termo inicial da decadência,

⁴⁶ Trata-se de prazo penal, contado na forma do art. 10 do CP, razão pela qual são 13 (treze) e não 12 (doze) dias de extemporaneidade da representação.

como, aliás, serviu, durante anos, na vigência dos crimes da defenestrada lei de imprensa⁴⁷, conforme dispunha o §1º do art. 41 da Lei 5.250/67, *verbis*:

Art. 41. (...)

*§ 1º O direito de queixa ou de representação prescreverá, se não fôr exercido dentro de 3 meses **da data da publicação ou transmissão.***

Desse modo, aplicando tal raciocínio ao caso concreto, e tratando a espécie de texto publicado em conhecido *blog* de conteúdo jornalístico, disponível na rede mundial de computadores, entendo que **a data da publicação se apresenta como marco inicial da contagem do prazo decadencial**, ainda que protegida por presunção relativa, ou *iuris tantum*, cabendo, assim, à vítima, e não ao réu, o ônus de provar a alegação de que somente tomara conhecimento das ofensas em data posterior à sua disponibilização na rede, seja por se tratar de causa extintiva da punibilidade, cuja natureza é de condição negativa do direito de punir, seja pelo fato de que não se pode exigir do acusado a produção de tal prova, posto que praticamente impossível.

Nesse sentido, lição do saudoso Frederico Marques:

*De um modo geral, o onus probandi é repartido, também no processo penal, segundo a regra de que 'incumbe a cada uma das partes alegar e provar os fatos que são a base da norma que lhes é favorável'. E isso quer se trate de norma jurídico-penal, como de norma processual. No que diz respeito à extinção da punibilidade, o problema é algo sutil e complexo porque as causas extintivas da punibilidade podem ser encaradas como condições do direito de punir, e, nesse, caso o onus probandi será da acusação, ou como fato que elide o jus puniendi, e, então, o ônus da prova pertence ao acusado. Quer parece-nos ser imprescindível uma distinção entre as diversas causas extintivas da punibilidade para situar-se bem o problema do onus probandi. Condições prévias do jus puniendi ou da persecução penal, como que aquelas que exige o art. 5º do Código de Processo Penal, para ser punido, no Brasil o crime praticado aliunde, constituem ônus do acusador no tocante à prova. **E é o que, mutatis mutandis, também acontece com as causas extintivas da punibilidade que são impostas como condições negativas de direito de punir, no limiar da instância. Quem tem de provar que não houve decadência é o órgão da***

⁴⁷ STJ: AgRg na Ação Penal nº 442 – DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, DJ de 26/06/2006; HC 39.557/RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª Turma, DJ de 19/12/2005 e HC 13818/GO, Rel. Min. Jorge Scartezini, 5ª Turma, DJ de 25/06/2001.

acusação. Da mesma forma, a não ocorrência de prescrição e a ausência, até o momento de ser iniciada a ação penal, de qualquer ato da retratação. Tanto isso é exato que o art. 43, nº II, do Código de Processo Penal⁴⁸, manda que se rejeite a denúncia ou queixa quando 'já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa'. Todavia, causas outras de extinção da punibilidade, como o indulto ou graça, a reabilitação, a morte do agente, a própria lei as exige provadas pela defesa, como se vê respectivamente dos arts. 62, 738, 741 e 744 do Código de Processo Penal. Ainda compete ao acusado provar a extinção de punibilidade, quando estiverem em foco os atos mencionados nos itens VIII e IX, respectivamente, do art. 108 do Código Penal.⁴⁹

No mesmo sentido, a lição de doutrina mais atual, de Renato Brasileiro de Lima⁵⁰:

Em regra, o decurso do prazo decadencial só começa a fluir a partir do conhecimento da autoria. É isso por uma razão muito óbvia: só se pode falar em decadência de um direito que pode ser exercido. Se o ofendido não sabe quem é o autor do delito, não pode exercer seu direito. Mas como se comprova que o titular do direito de representação ou de queixa-crime só tomou conhecimento da autoria nesta ou naquela data? A nosso ver, caso a queixa ou a representação sejam apresentadas após o decurso do prazo de 06 (seis) meses da data do crime, a fim de se evitar o reconhecimento da decadência, pensamos que recai sobre o autor da representação ou da queixa-crime o ônus de comprovar que só tomou conhecimento da autoria do delito em momento posterior, e em lapso inferior a 6 (seis) meses, contados da queixa ou da representação para trás.

Mas ainda que se afirme que a dúvida há de favorecer o direito de ação, entendo que a validade de tal assertiva depende, necessariamente, de discernir o momento processual em que ela se apresenta, é dizer, se a dúvida quanto ao marco inicial da decadência ocorre ainda no momento do ajuizamento da demanda penal – denúncia ou queixa -, ou, somente depois, após o transcurso regular da instrução criminal.

Parece mesmo correto que despontando dúvida sobre a decadência em fase liminar do processo, o julgador realmente deva permitir o **exercício do direito de ação**, recebendo a denúncia ou queixa, para que

⁴⁸ O Código de Processo Penal vigente dispõe que a presença de causa extintiva da punibilidade implica a absolvição sumária, nos termos do art. 397, inciso IV, do CPP.

⁴⁹ Elementos de Direito Processual Penal, Vol. II, Ed. Millennium, 2009, pp. 283-284.

⁵⁰ Manual de processo penal, vol. I, 2ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2012, p. 304.

somente depois, na fase do art. 397, IV, do CPP, ou após, já ao término da instrução criminal, possa aferir com mais clareza e certeza a ocorrência ou não de eventual causa extintiva da punibilidade, conferindo-se à vítima a oportunidade de exercer o ônus probatório que lhe incumbe.

Nessa linha, permite-se entrever o comentário de Nucci:

70. Marco Inicial da Decadência: *é o dia em que a vítima souber quem é o autor do crime. O mesmo critério deve ser aplicado aos sucessores do ofendido, caso este morra ou seja declarado ausente. Havendo dúvida, resolve-se em favor do ajuizamento da ação.*⁵¹

Situação diversa, contudo, é a hipótese em que uma vez esgotada a instrução criminal e alcançada a fase de sentença ou julgamento de recurso, ainda remanesça no espírito do julgador dúvida sobre a ocorrência ou não de causa extintiva da punibilidade, pois, nesses casos, entendo que a dúvida há de operar em favor do réu, por força do princípio *in dubio pro reo*.

Decerto, referido princípio não se limita à materialidade e autoria do fato, abrangendo, igualmente, a constatação de sua própria punibilidade. Em outras palavras, se remanesce dúvida quanto à punibilidade do fato, mesmo após o esgotamento da instrução criminal, tal incerteza há de favorecer o acusado e não a vítima, sob pena de se deturpar o sistema penal de garantias vigente.

Nessa linha a doutrina de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

(...) A punibilidade, embora não seja elemento do delito, é a consequência direta e principal, embora não seja uma consequência necessária, da condenação penal. Embora a punibilidade não integre o conceito de crime, sendo apenas um pressuposto de aplicação da pena, também com relação a ela deve ser aplicado o in dubio pro reo. No processo penal, para que seja proferida uma sentença condenatória é necessário que haja prova da existência de todos os elementos objetivos e subjetivos da norma penal e também da inexistência de qualquer elemento capaz de excluir a culpabilidade e a pena. Não os elementos do delito, mas também a punibilidade está subordinada ao in dubio pro reo. Pesa sobre a acusação o ônus da prova de 'todo o complexo ato punível'. Por outro lado, não se pode ignorar que as chamadas causas extintivas da punibilidade mostram-se como uma categoria muito heterogênea, sendo necessário distingui-las para a correta resolução do

⁵¹ Código de processo penal comentado, 10 ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 155.

*problema do ônus da prova. Há causas de extinção da punibilidade que somente operam antes do trânsito em julgado da condenação penal: a decadência e a perempção (CP, ART. 107, iv), a renúncia do direito de queixa ou o perdão do ofendido (CP, art. 107, V), a retratação (CP, art. 107, VI) e o casamento da vítima com o terceiro, nos crimes contra os costumes, cometidos sem violência real ou grave ameaça (CP, art. 107, VIII). Com relação a todas estas, se houver dúvida sobre sua ocorrência, o juiz deverá declarar extinta a punibilidade. Em outras palavras, toda vez que se estiver analisando a possível ocorrência de uma causa extintiva da punibilidade que teria ocorrido antes do trânsito em julgado da condenação penal, a regra aplicável será o in dubio pro reo.*⁵²

Decerto, se a dúvida sobre a autoria do fato delituoso favorece o réu, do mesmo modo há de favorecer o acusado quando se refere à própria punibilidade do fato em julgamento, mesmo porque a análise da punibilidade da conduta constitui pressuposto lógico e necessário do exame da autoria.

No caso concreto, entretanto, após análise minudente dos autos, não encontrei nenhuma prova apta a infirmar a data da publicação no *blog* como sendo o termo *a quo* do prazo decadencial.

A vítima, na hipótese, é jornalista conhecido em seu meio profissional, até porque integra, com destaque, telejornais da Rede Globo, um dos veículos de comunicação com maior penetração no país.

Não resta dúvida de que é pessoa culta, pois além de jornalista atuante é também bacharel em direito e advogado, com registro na OAB/DF sob inscrição n. 20.000.

Desse modo, tratando-se de jornalista com atuação destacada no meio, não me parece inadequado afirmar que vive de informação e se alimenta dela, sendo este, aliás, o mote de seu trabalho, como ele mesmo afirmou em seu depoimento em juízo.

Além disso, também por já haver entre as partes uma tensão preexistente, conforme **noticiou a própria vítima em sua representação ao Ministério Público, ao referir que o acusado vinha promovendo publicações ofensivas a seu respeito desde o mês de maio de 2009**⁵³.

⁵² Ônus da prova no processo penal, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, pp. 330-331.

⁵³ Fl. 16 – Consta da notícia-crime: “Em que pese a cautela e o denodo com que conduziu e conduz sua trajetória profissional, o noticiante [vítima] vem enfrentando verdadeira campanha persecutória intensa e permanente, com claro viés discriminatório, por parte do noticiado [acusado]. Com efeito, o noticiado vem fazendo diversas declarações ofensivas ao noticiante,

Daí por que não me parece crível que alguém tão enfronhado nos meios de comunicação somente tenha tomado conhecimento de publicação ofensiva a seu respeito, **em blog jornalístico**, 13 (treze) dias depois, e, ainda assim, por intermédio de um colega de trabalho, sobre o qual não deu o nome e tampouco arrolou como testemunha. Tivesse esse colega de trabalho comparecido em juízo e declarado, na condição de testemunha, o referido fato, entendo que aí sim estaríamos diante de prova apta a afastar a presunção da publicação como marco inicial da decadência, ou, ao menos, eliminar a dúvida ainda existente, o que, contudo, não ocorreu no caso.

Saliente-se que a ata notarial de fls. 40/45, de 17/03/10, não tem força suficiente para afastar a presunção de conhecimento decorrente da data de publicação do texto, pois ela chancela apenas que no dia 17/03/10 o texto reputado ofensivo e os comentários dos leitores sobre ele, ainda estavam acessíveis mediante acesso à rede mundial de computadores, nada mais.

Serve, sem dúvida, como prova qualificada, com *status* de fé pública, do teor, autoria e extensão da ofensa, que no caso, inclusive, não padece de controvérsia, mas não como prova do dia exato em que a vítima dela tomou conhecimento.

Aliás, caso se atribua à ata notarial o *status* de prova do termo inicial da decadência, o próprio instituto penal restaria vulnerado em sua essência, que é justamente a de evitar que o réu fique a mercê da vontade da vítima, pois bastaria que a vítima comparecesse perante o tabelião, embora já decorridas semanas ou meses depois da publicação, para se reputar tempestiva a representação, ou, em outras palavras, a definição do termo inicial da decadência, nas hipóteses de publicação, caberia exclusivamente ao juízo de oportunidade da vítima, o que vai de encontro à própria finalidade do instituto da decadência!

O marco inicial do prazo decadencial, desenganadamente, não pode ficar vinculado à exclusiva vontade da vítima.

Por essas razões, senhor Presidente, e rogando as mais respeitosas vênias aos entendimentos divergentes, meu voto é no sentido de **NEGAR PROVIMENTO aos recursos, mantendo na íntegra a r. sentença de primeiro grau**, que procedeu à desclassificação do delito de racismo para o de **desde meados de maio de 2009, por meio de sua web site, ‘conversa fiada’ [www.paulohenriqueamorim.com.br] (...)**. (Grifo nosso).

injúria qualificada (art. 140, §3º, do CP), e declarou extinta a punibilidade desse fato pela decadência, tendo absolvido o réu quanto à segunda imputação, por atipicidade da conduta.

É como voto.

DECISÃO

Conhecido. Deu-se parcial provimento. Por maioria, vencido o Vogal.