Registro: 2016.0000357155

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0800185-72.2012.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante PAULO RODRIGUES DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a matéria preliminar e, quanto ao mérito, deram parcial provimento ao recurso de Paulo Rodrigues de Souza para, reconhecida a continuidade delitiva entre os dois crimes de calúnia e o crime de difamação, praticados nos autos do Proc. 6.313/09, e o crime de calúnia, praticado nos autos do Proc. 5.307/05, reduzir suas penas para 1 (um) ano, 1 (um) mês e 2 (dois) dias de detenção e 49 (quarenta e nove) dias-multa. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente), RACHID VAZ DE ALMEIDA E CARLOS BUENO.

São Paulo, 19 de maio de 2016.

Nuevo Campos
RELATOR
Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL nº 0800185-72.2012.8.26.0361.
MM. Juiz de Primeira Instância: Dr. Freddy Lourenço Ruiz Costa.
Comarca: Mogi das Cruzes - SP.
Apelante: Paulo Rodrigues de Souza.
Apelada: Justiça Pública.
Voto: 34.173.

APELAÇÃO – CALÚNIA E DIFAMAÇÃO CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO, EM RAZÃO DE SUAS FUNÇÕES – MATÉRIA PRELIMINAR – AUSÊNCIA DE NULIDADES – INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO DEMONSTRADA – PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL –REPRESENTAÇÃO DEVIDAMENTE APRESENTADA – R. DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA E R. SENTENÇA DEVIDAMENTE MOTIVADAS – INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, EM ESPECIAL, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – RECONHECIMENTO DE NOVA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – TIPICIDADE DAS CONDUTAS DO ACUSADO – INAPLICABILIDADE DO ART. 142, I, DO CÓD. PENAL, BEM COMO DO ART. 7º, § 2º, LEI 8.906/94 – NÃO RESTOU CARACTERIZADA A HIPÓTESE DE RETRATAÇÃO – RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA – REDUÇÃO DAS PENAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos.

Trata-se de recurso interpostos por Paulo Rodrigues de Souza contra a r. decisão monocrática de fls. 438/466,

que julgou procedente a inicial e condenou-o, como incurso, em concurso formal, no art. 138, *caput*, combinado com o art. 141, II, por duas vezes, e no art. 139, *caput*, combinado com o art. 141, II, e, em concurso material, no art. 138, *caput*, combinado com o art. 141, II, todos do Cód. Penal, a 1 (um) ano, 8 (oito) meses e 16 (dezesseis) dias de detenção, em regime aberto, e a 56 (cinquenta e seis) dias-multa, à razão de 1/3 (um terço) do salário-mínimo, concedido o direito de recorrer em liberdade.

A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da sanção corporal, e por 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/3 (um terço) do salário-mínimo, sem prejuízo da já aplicada.

Pugna, preliminarmente, pelo que se infere das razões recursais, pelo pronunciamento de nulidade processual, por inépcia da denúncia e ausência de justa causa para a persecução penal; por ausência da necessária representação do ofendido para o oferecimento da denúncia; por ausência de fundamentação, tanto da r. decisão que recebeu a denúncia, quanto da r. sentença recorrida; por cerceamento de defesa e ofensa a princípios constitucionais, em especial, os do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, consistente em inobservância do procedimento sumaríssimo, pela não aplicação dos benefícios previstos na Lei 9.099/95 (fls. 487/534).

Quanto ao mérito, pleiteia, em suma, a

absolvição, sob os fundamentos da insuficiência probatória e da atipicidade das condutas do acusado.

Pede, também, a aplicação do art. 142, I, do Cód. Penal, o reconhecimento da retratação do réu, ou, ainda, da continuidade delitiva, bem como a redução das penas.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 557/571), manifestou-se o D. Representante do Ministério Público em segundo grau de jurisdição pelo não provimento do recurso (fls. 605/612).

É, em síntese, o relatório.

A matéria preliminar não comporta acolhimento.

Insta consignar, de início, que, a teor do art. 563, do Cód. de Proc. Penal, o pronunciamento de nulidade tem como pressuposto a demonstração de prejuízo para a parte, o que não se demonstrou e não se vislumbra no caso em tela.

Não há que se falar em inépcia da denúncia, pois foram preenchidos os requisitos do art. 41, do Cód. de Proc. Penal, e a descrição fática das práticas ilícitas imputadas ao réu apresenta-se como suficiente ao exercício da ampla defesa.

De qualquer forma, não se demonstrou a ausência de justa causa para a persecução penal.

Inviável, também, o acolhimento da tese

defensiva no sentido de que não foi apresentada a devida representação do ofendido.

Não há exigência legal de forma especial para a representação na hipótese de ação penal pública condicionada.

Assim sendo, não há dúvida de que foi apresentada no caso em tela.

Pelo que se verifica dos autos, em particular do ofício de fls. 1/2, houve inequívoca manifestação do ofendido no sentido de ver o acusado processado pelos fatos tratados na denúncia, sendo desnecessária a equivalência entre a qualificação jurídica apresentada no mencionado ofício e na inicial acusatória.

Não há que se falar, também, em ausência de fundamentação da r. decisão que recebeu a denúncia.

Importa considerar, em conformidade com os termos dos arts. 396 e 396-A, ambos do Cód. de Proc. Penal, que o recebimento da denúncia insere-se no âmbito do juízo de admissibilidade da imputação dirigida ao acusado, assim como a apreciação da resposta preliminar à acusação, razão pela qual não há que se falar em fundamentação aprofundada, sob pena de indevida antecipação do julgamento do feito.

Importa considerar, também, que a r. sentença condenatória está, devidamente, fundamentada.

Foram examinados os elementos de prova produzidos durante a persecução penal, com a conclusão de que o conjunto probatório indica a procedência da inicial.

Não há, à evidência, necessidade de análise específica de todas as teses ou argumentos defensivos, reputando-se afastados aqueles cujo acolhimento é incompatível com a solução dada ao feito.

O cerceamento de defesa, da mesma forma, não restou caracterizado.

Importa considerar, de início, que a Lei 9.055/95, em seu art. 60, determina que o Juizado Especial Criminal tem competência para o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Há que se considerar, ademais, que, nos termos do art. 61, do mesmo diploma normativo, "*consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa*".

Todavia, não há previsão legal específica sobre a situação analisada no caso em tela, ou seja, na hipótese de concurso de crimes, cuja somatória das penas em abstrato ultrapassa 2 (dois) anos.

Por outro lado, importa considerar que o

entendimento predominante, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, é no sentido de que havendo concurso de crimes, em que a somatória das penas seja superior a 2 (dois) anos, afasta-se a competência do R. Juizado Especial Criminal, que passa a ser do R. Juízo Comum.

Importa anotar, neste sentido, que a adoção do procedimento sumário ou ordinário, em detrimento ao procedimento sumaríssimo, à evidência, não implica em prejuízo às partes, porém, ao contrário, privilegia os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que propicia maior dilação probatória.

Da mesma forma, não há que se falar em nulidade pela não concessão dos benefícios previstos na Lei 9.099/95, questão esta que foi alcançada pela preclusão.

Importa considerar, de qualquer forma, que o acusado não faz jus a concessão dos benefícios previstos na Lei 9.099/95, devido ao mencionado concurso de crimes.

Há que se considerar, ainda, que a presente hipótese é de *emendatio libelli*, prevista no art. 383, do Cód. de Proc. Penal, ou seja, desde que a matéria fática esteja devidamente descrita na inicial, é possível o reconhecimento de nova qualificação jurídica, ainda que importe em aplicação de pena mais grave.

No caso em tela, a denúncia ofertada já descrevia, com suficiência, logo de início, as condutas delitivas

consideradas na r. decisão condenatória.

A requalificação das condutas do apelante, com base no art. 383, do Cód. de Proc. Penal, não merece, desta forma, qualquer reparo.

Tal circunstância, importa considerar, foi objeto de consideração específica na r. sentença condenatória (fls. 462/464).

Desde modo, não se vislumbra, também, a ocorrência de ofensa ao princípio da correlação.

Quanto ao mais, a matéria preliminar confunde-se com o mérito e com este será analisada.

Importa considerar, ainda, quanto ao pleito defensivo de vistas dos autos, após a distribuição do feito, que, apesar de ter sido previamente indeferido, em face do momento do processamento (fls. 573), teve a defesa acesso aos autos em cartório, oportunidade em que pôde, devidamente, analisá-los (fl. 599).

Foi observada a necessária intimação do D. Representante da Ordem dos Advogados do Brasil atuante, no caso em tela, em favor das prerrogativas do advogado, ora acusado (fls. 274, 436 e 613).

Por outro lado, não há que se falar em intimação do próprio acusado, pois, à evidência, não se trata de atuação em causa própria.

Rejeita-se, assim, a matéria preliminar.

Quanto ao mérito, o apelo procede em parte.

Ficou demonstrado, estreme de dúvidas, que o acusado, nas condições de tempo e lugar descritas na inicial, caluniou a vítima B. M. M., Juiz de Direito, em razão de sua função, imputando-lhe falsamente fatos definidos como crime, ou seja, os delitos de ameaça, injúria e prevaricação.

Ficou demonstrado, ainda, estreme de dúvidas, que o acusado, nas condições de tempo e lugar descritas na inicial, difamou a vítima B. M. M., Juiz de Direito, em razão de sua função, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação.

O acusado, que atuou como advogado nos processos de execução fiscal nº 6.313/09 e 5.307/05, ambos em trâmite perante o R. Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Mogi das Cruzes, manifestou-se nos autos da seguinte forma:

I) No Proc. nº 6.313/09: no sentido de que o ofendido "*vem ameaçando, ofendendo e agredindo peremptoriamente esta executada*"; que o ofendido "*continua a bajular o Estado, mesmo sendo detentores de um Poder absurdo dado exatamente para serem diferentes*", afirmando, também, que o ofendido "*pratica uma justiça ruim*"; aduziu o acusado, ainda, que o ofendido retardaria, indevidamente, atos de ofícios para satisfazer o sentimento pessoal, consistente em "*bajular os agentes da Fazenda*

Pública (...) e a Municipalidade".

II) No Proc. 5.307/05: que o ofendido "*é novo na Comarca, Titular da Vara, mas com a devida vênia, já bajula a municipalidade, forma errada de agir, desatendendo o jurisdicionado comum*".

Neste sentido, é a coesa e insuspeita prova oral da acusação, constituída pelas declarações do ofendido (fls. 324), corroboradas pelas cópias documentos juntadas às fls. 91/98 e 139/140.

Nada há nos autos a indicar que a vítima tivesse qualquer motivo para, indevidamente, prejudicar o apelante, ou a presença de qualquer elemento de prova ou circunstância a infirmar a prova da acusação.

Em juízo, o acusado permaneceu em silêncio (fls. 344/345)

A prova oral da defesa não se presta a alterar o panorama do conjunto probatório (fls. 325, 340, 341, 342 e 343).

No âmbito da materialidade delitiva, a prova é complementada pela cópia dos documentos de fls. 91/98 e 139/140.

Como se vê, a condenação do acusado era de rigor.

No tocante à qualificação jurídica da conduta do acusado, não há dúvidas de que se trata de três crimes de calúnia e um crime de difamação.

Importa anotar, a propósito, pelo que verte dos elementos probatórios, que o acusado agiu com o dolo específico dos crimes em tela, não havendo, portanto, que se falar em atipicidade das condutas.

Importa considerar, também, que dois crimes de calúnia e o crime de difamação foram praticados em concurso formal, ou seja, mediante uma só ação, consistente em manifestar-se nos autos do Proc. 6.313/09, o acusado praticou os três crimes.

Impõe-se, entretanto, o reconhecimento da continuidade delitiva entre os três delitos mencionados, praticados nos autos do Proc. 6.313/09, e o crime de calúnia praticado nos autos do Proc. 5.307/05, pois o acusado incidiu, de forma continuada, em crimes contra a honra, sendo que, no caso em tela, à evidência, os ilícitos guardam correlação temporal e espacial, bem como no que tange à maneira de execução.

Por outro lado, não há, também, que se falar na aplicação do art. 142, I, do Cód. Penal, ou no reconhecimento de qualquer excludente de ilicitude em favor do acusado, devido à sua atuação como advogado no momento das práticas delitivas, pois, à evidência, as condutas em questão não se

inseriram no âmbito de razoável discussão relativa à causa, ultrapassando qualquer limite de manifestação no exercício regular da profissão.

Neste aspecto, inviável, também, o reconhecimento da imunidade profissional, prevista no art. 7º, § 2º, da Lei 8.906/94, em razão das circunstâncias específicas, já analisadas, em que foram praticados os delitos em questão.

A tese defensiva de reconhecimento de retratação do acusado não comporta acolhimento.

Há que se considerar, neste aspecto, que a retratação, nos termos do art. 143, do Cód. Penal, é aplicável tão somente em casos envolvendo ação penal de natureza privada, sendo que, no caso em tela, se trata de ação penal pública condicionada à representação, em conformidade com o art. 145, parágrafo único, combinado com o art. 141, II, ambos do Cód. Penal.

Assim, incabível o reconhecimento da extinção da punibilidade do acusado pela ocorrência da retratação (art. 107, VI, do CP).

De qualquer forma, os documentos juntados às fls. 393/396 não se prestam a caracterizar adequada retratação do apelante, pois buscam, na realidade, articular pueril versão exculpatória.

No que tange à dosimetria penal, em vista

do reconhecimento da continuidade delitiva em questão, merece reparo.

As penas-base foram adequadamente majoradas em 1/6 (um sexto), em razão das circunstâncias diferenciada do caso em tela, que demonstram elevado grau de culpabilidade com que agiu o acusado.

Incidiu, a seguir, o adequado aumento de 1/3 (um terço), nos termos do art. 141, II, do Cód. Penal, que era de rigor.

Quanto ao índice de aumento relativo ao concurso formal de crimes, de 1/5 (um quinto), que incidiu na pena mais grave, considerada a quantidade de crimes praticados, ou seja, três, deve prevalecer.

Impõe-se, na sequência, em vista do reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos praticados nos dois processos de execução fiscal, a majoração de 1/6 (um sexto), no mínimo legal, índice compatível com o número de infrações.

As penas do acusado, portanto, passam a perfazer 1 (um) ano, 1 (um) mês e 2 (dois) dias de detenção e 49 (quarenta e nove) dias-multa.

Quanto ao valor unitário do dia-multa, fixado em 1/3 (um terço) do salário-mínimo, em razão da

capacidade econômica diferenciada do acusado, apresenta-se como adequado e deve prevalecer.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da sanção corporal, e por 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/3 (um terço) do salário-mínimo, sem prejuízo da já aplicada, e o regime fixado para eventual execução da sanção corporal, o aberto, restaram incontroversos e devem prevalecer.

Face ao exposto, meu voto rejeita a matéria preliminar e, quanto ao mérito, dá parcial provimento ao recurso de Paulo Rodrigues de Souza para, reconhecida a continuidade delitiva entre os dois crimes de calúnia e o crime de difamação, praticados nos autos do Proc. 6.313/09, e o crime de calúnia, praticado nos autos do Proc. 5.307/05, reduzir suas penas para 1 (um) ano, 1 (um) mês e 2 (dois) dias de detenção e 49 (quarenta e nove) dias-multa, mantida, quanto ao mais, a r. decisão recorrida,

NUEVO CAMPOS

Relator