



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2014.0000739705

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 9000123-40.2010.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado/querelante [REDACTED] e Apelante/Apelado/Querelado [REDACTED], 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: "Deram parcial provimento ao recurso do querelante a fim de condenar o réu também pela prática do crime de difamação às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de detenção, mais o pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa no valor mínimo legal afastando-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e negaram provimento ao apelo do réu; reconhecendo ex officio a prescrição da pretensão punitiva em relação aos crimes de ameaça e injúria para declarar extinta a punibilidade destes crimes com fundamento no artigo 107, inciso IV, primeira parte, do Código Penal, mantido, no mais, a r. decisão condenatória. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 13 de novembro de 2014.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RACHID VAZ DE ALMEIDA
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 20314

Relatora: Rachid Vaz de Almeida

Apelação: 9000123-40.2010.8.26.0050

Apelante/Apelado/Querelado: [REDACTED]

Apelante/Apelado/Querelante: [REDACTED]

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo

Juiz de 1ª Instância: Marcelo Matias Pereira

EMENTA

Apelação Criminal – CRIME CONTRA A HONRA. Preliminares. Nulidade Cerceamento de defesa. Inocorrência. Prova ilícita. Não configuração. Ausência de clausula de reserva jurisdicional. Não ocorrência de violação dos direitos à privacidade e intimidade. Mérito. Provas suficientes para a condenação. Oitiva das testemunhas. Bens jurídicos distintos. Honra objetiva e subjetiva. Necessidade do reconhecimento do concurso material entre os crimes atribuídos ao réu. Pena. Circunstâncias desfavoráveis. Circunstância agravante. Não configuração. Aumento. Necessidade. Afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Manutenção do regime aberto em face da ausência de impugnação específica. Limite ao efeito devolutivo do recurso. Parcial provimento ao apelo do querelante e negado provimento ao apelo do réu.

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] foi
condenado a cumprir penas de **03 (três) anos e 04 (quatro) meses de detenção**, em regime aberto, mais o pagamento de 810 (oitocentos e dez) dias-multa no valor mínimo legal, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade, e pagamento de 10 (dez) dias-multa no valor mínimo legal, pela prática dos crimes de ameaça e calúnia em concurso material (artigos 138, c/c o artigo 141, inciso III, por três vezes, na forma do artigo 71, c/c o artigo 147, na forma do artigo 69, todos do Código Penal), conforme decisão de fls. 906/909.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não conformado, o querelante recorre visando a condenação do réu também pelos crimes de injúria, a exasperação das penas privativas de liberdade e de multa, além de afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito

O réu, por sua vez, visa a nulidade da denúncia em face da ausência de justa causa para a ação penal, o cerceamento de defesa por não ter sido ouvido em juízo, a citação por edital embora tenha declinado o seu endereço residencial, a ausência de interrogatório e a existência de prova ilícita para subsidiar a condenação. No mérito, a absolvição por insuficiência probatória em relação aos crimes de ameaça e calúnia (fls. 934/998).

Recursos contrariados (fls. 1226/1231), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento ao apelo do querelante e pelo desprovimento ao recurso do réu (fls. 1226/1231 e 1232/1233).

É O RELATÓRIO.

De início, necessário reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade intercorrente, em relação ao crime de ameaça.

A pena de multa aplicada possui prazo de 02 (dois) anos de acordo com o artigo 114, inciso I do Código Penal, cujo lapso



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

temporal transcorreu entre a data da publicação da r. decisão condenatória (fls. 906 - 05/06/2012) e a presente data.

Em relação aos pedidos preliminares formulados pela defesa do réu, prejudicando-se a análise do mérito, não há que se reconhecer nenhuma delas.

A relação processual deve observar os ditames legais e constitucionais que lhe garantem a necessária legitimidade. Uma delas, em particular, relaciona-se à conduta das partes durante o trâmite processual, vedando-se comportamento inadequado e desleal que o obstaculizem em prejuízo da boa administração da justiça.

No caso, não há dúvida de que o réu demonstrou desinteresse em colaborar com a boa administração da justiça criando resistência injustificada ao andamento da relação processual, porquanto, apesar das diversas tentativas de localizá-lo nos endereços existentes nos autos para que fosse citado pessoalmente (fls. 528, 534, 582/vº, 594, 594), nenhuma delas obteve sucesso, estando evidente que se ocultava deliberadamente, motivo pelo qual não restou alternativa senão citá-lo por hora certa, conforme se extrai da certidão de fls. 619.

Mesmo a posterior citação por edital (fls. 643) não alterou o panorama processual, pois o réu já se encontrava ciente da demanda, tendo, inclusive, defesa constituída nos autos o que, à



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

evidência, não lhe causou nenhum prejuízo à vista da regra estampada no artigo 563 do Código de Processo Penal.

Também não há que se falar em nulidade pela não realização do interrogatório do réu por carta precatória junto à comarca de Valinhos/SP onde declarou residir, pois não há previsão legal para que o interrogatório seja realizado desta maneira, senão em situações excepcionais que não se verificaram nesses autos.

Vê-se pelas manifestações da combativa defesa que o intuito do réu, ao deixar de comparecer à audiência de instrução e julgamento para ser interrogado, era o de apenas obstaculizar o bom andamento da relação processual, já que não demonstrou qualquer motivo plausível que justificasse sua ausência, não sendo suficiente a mera alegação de insuficiência financeira para se deslocar de uma cidade para outra, cuja distância é pequena, sobretudo para uma pessoa com condições econômicas para custear, inclusive, as despesas de defesa técnica, como bem apontado na r. decisão objurgada.

É de se ressaltar também que jamais foi efetivamente encontrado na cidade onde gostaria de ser interrogado, estando sempre em viagem, e sua revelia já havia sido decretada anteriormente (fls. 850).

Assim, é descabida a posterior alegação de nulidade a que



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ele mesmo deu causa de acordo com a regra prevista no artigo 565 do Código de Processo Penal, pois deixou de comparecer deliberadamente aos atos processuais em que se fazia necessária a sua presença, sem justificativa plausível, embora estivesse ciente de todos eles, não podendo o Poder Judiciário, por óbvio, ficar à mercê deste inadequado comportamento em prejuízo do regular impulso processual.

Por não vislumbrar nenhuma ilegalidade, notadamente por cerceamento de defesa, afasto as apontadas nulidades.

Em relação à utilização de prova ilícita para subsidiar a condenação do réu pelo crime contra a honra, também não vejo como acolhê-la, pois, durante a persecução penal, as garantias constitucionais inerentes a qualquer cidadão foram preservadas e respeitadas.

A partir da notícia do crime imputado, realizada pela vítima, as autoridades públicas iniciaram as investigações preliminares para se chegar ao possível autor dos fatos.

Tendo em vista o emprego da rede mundial de computadores como instrumento da prática do crime, fez-se necessário conhecer o endereço de protocolo (IP) do computador de onde provieram as postagens ofensivas¹.

A partir dessa informação, apurou-se junto à respectiva

¹ Artigo 5º, inciso III da Lei 12965/14: endereço de protocolo é o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetro internacionais.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

operadora por intermédio de determinação judicial que o endereço de protocolo estava em nome de Aline, antiga companheira do réu JOSÉ EDUARDO.

Nesse sentido, não há que se falar em ilicitude na obtenção da prova, porquanto, ao contrário do alegado pela defesa, o endereço de protocolo não está sujeito à cláusula de reserva jurisdicional, eis que se trata apenas de um número, cujo conhecimento não possui o condão de violar o direito constitucional à privacidade ou à intimidade do cidadão.

Isso é o que determina o próprio Marco Civil da Internet, recentemente aprovado pelo Congresso Nacional, ao exigir prévia decisão judicial apenas quando se tratar do conhecimento do registro de conexão e registro de acesso à aplicação de internet (artigos 5º, incisos VI e VIII e 22, ambos da Lei 12.965/2014).

Ainda que assim não fosse, o respectivo endereço de protocolo aportou aos autos depois que houve determinação judicial nesse sentido a partir de representação formulada pela autoridade policial, tal como se extrai da decisão de fls. 65, circunstância suficiente para afastar qualquer ilegalidade na obtenção desse elemento de prova.

Os demais pedidos formulados, em especial sobre a insuficiência de prova em relação à autoria, confundem-se com o mérito



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e serão com ele analisados.

O apelante foi condenado porque, nas condições descritas na inicial, caluniou a vítima L.R.R.Z. ao lhe imputar fato ofensivo à sua honra.

A materialidade está devidamente comprovada por meio do boletim de ocorrência (fls. 03/04), ofício da “Net Serviços de Comunicação S/A” (fls. 151) e mensagens extraídas da rede mundial de computadores (fls. 08/17, 33/60, 79/117).

De igual modo a autoria, plenamente comprovada pelas provas da natureza oral.

A vítima relatou que teve prévio relacionamento amoroso com a pessoa de Tatiana antes dos fatos, no período compreendido entre 2007 e 2008. Posteriormente, o réu JOSÉ EDUARDO, então namorado de Tatiana, motivado por ciúmes, passou a persegui-lo realizando diversos telefonemas em tom ameaçador. A própria Tatiana chegou a alertá-lo por e-mail sobre o comportamento violento do réu (fls. 17). Não bastasse isso, o réu postou diversas mensagens ofensivas na rede mundial de computadores que lhe atribuíam falsamente a qualidade de pedófilo dizendo ainda que possuía vida promíscua, envolvendo-se com prostitutas, de modo a lhe acarretar sérios prejuízos no âmbito de sua família e, até mesmo, no seu ambiente profissional (fls. 17).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A testemunha Márcia, ouvida em juízo, confirmou a existência das mensagens ofensivas dizendo que houve apuração interna na no local de trabalho da vítima em que se constatou a falsidade de todas elas.

A testemunha Daniel, filho da vítima, confirmou que acessou as mensagens ofensivas postadas em um blog na rede mundial de computadores, tal como juntados aos autos, ligando seu pai à exploração sexual de crianças².

No mesmo sentido, o depoimento da testemunha Maria Isabel, esposa da vítima.

O depoimento da testemunha Tatiana, harmonizando-se com ao da vítima, foi seguro no sentido de que o réu, então seu namorado, a ameaçava constantemente devido aos ciúmes que sentia em relação aos seus antigos relacionamentos amorosos, dentre os quais se encontrava a vítima. Ela mencionou também que, por diversas vezes, o réu lhe disse que iria acabar com a vida da vítima julgando que esta se envolvia com exploração infantil (pedofilia). Chegou a alertá-la, via mensagem eletrônica (fls. 17), sobre o comportamento do réu.

Disse também que os números de telefone de onde

² *In verbis*: Pedofila é crime!!! E dos mais ediondos (sic), venho para informar nossa sociedade que um os maiores, senão o maior Pedófilo do Brasil seja L. R R. Z. ou R. Z. como é conhecido, esse doente para se ter uma ideia e para espanto de toda sociedade é Vice Presidente de Finanças de Goodyer para a américa latina.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provieram as ameaças direcionadas para a vítima pertenciam ao réu. Apesar de não ter presenciado nenhuma das condutas criminosas, não teve dúvida em vincular o apelante aos fatos imputados na inicial, haja vista que ele, além de nutrir um ciúme doentio, tinha conhecimento de todos os dados pessoais da vítima, tais como residência, local de trabalho, número de C.P.F. etc.

A testemunha Aline, cujo nome constava na conta de internet e no telefone, afirmou que o apelante é que fez uso do computador de onde partiram as mensagens ofensivas contra a honra da vítima. Acrescentou ainda que o réu chegou a lhe pedir desculpas por envolvê-la nestes fatos.

Diante de tais elementos de provas, não há dúvida de que o réu foi o autor dos fatos narrados na inicial acusatória, pois a vítima confirmou as agressões contra o seu direito de personalidade, sendo secundada pelos depoimentos das testemunhas que o apontaram como o respectivo autor.

Além do mais, os telefones utilizados para agredir moralmente a vítima, como se apurou, pertenciam ao réu e o endereço de protocolo, de onde emanaram as mensagens ofensivas, relacionava-se ao computador que, segundo a testemunha Aline, era de seu uso pessoal.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por tais razões, a condenação era mesmo necessária eis que baseada em sólidos elementos de convicção produzidos ao longo da instrução.

No tocante ao recurso do querelante, tenho que a capitulação jurídica da conduta imputada se amolda aos três crimes contra a honra (injúria, difamação e calúnia) os quais devem ser aplicados de maneira cumulativa, eis que as condutas foram distintas e bem delimitadas no tempo e no espaço, em que pesem tenham sido praticados do mesmo modo (via internet).

Em um primeiro momento, o réu relacionou falsamente a vítima à prática de fato criminoso específico, pois indicou, inclusive, o local e a idade da criança que seria abusada sexualmente por ela. Para configurar o crime de calúnia, que exige a presença de fato certo e determinado, não era mesmo necessário esmiuçar maiores detalhes, os quais somente poderiam ser elucidados com maior profundidade depois que se iniciassem as investigações pertinentes³.

Depois, fez outras diversas alusões genéricas sobre o constante envolvimento da vítima em prática de abuso sexual contra crianças, embora não os tenha especificado indicando local e data, circunstância suficiente para configurar o crime de difamação.

~~Apesar de praticadas por meio de uma só conduta, as~~
³ Bittencourt. Cezar Roberto: Tratado de Direito Penal. Parte Especial 2, 9^o edição, Saraiva, p. 293.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

agressões morais tiveram autonomia de desígnios. Ambas ofenderam a honra objetiva da vítima, já que a associaram a diversas situações não condizentes com a realidade que foram suficientes para lhe prejudicar a reputação ilibada, construída ao longo de anos, perante a sociedade, quer no âmbito de sua família, quer no seu ambiente profissional, tal como se apurou.

Também não há que se duvidar de que o réu ofendeu a honra subjetiva da vítima, consistente em seu decoro e dignidade, na medida em que lhe atribuiu falsamente a qualidade de criminoso, demonstrando, com isso, total desprezo e menoscabo para com os seus atributos de natureza pessoal⁴.

Comprovada a autonomia de desígnios inerente à conduta do réu que abalou a honra em seus dois aspectos, objetivo e subjetivo, o mais acertado era condená-lo pela prática dos crimes calúnia, injúria e difamação, em concurso material.

Como os fatos foram realizados em diversas oportunidades, no tempo e no espaço, utilizando-se no mesmo modo de execução, mediante veiculação em vários blogs na rede mundial de computadores, incensurável o reconhecimento da continuidade delitiva

⁴ Injuriar é ofender a dignidade ou o decoro de alguém. A injúria, que é a expressão da opinião ou conceito do sujeito ativo, traduz sempre desprezo ou menoscabo pelo injuriado. É essencialmente uma manifestação de desprezo e de desrespeito suficientemente idônea para ofender a honra da vítima no seu aspecto interno (Bittencourt. Cezar Roberto: Tratado de Direito Penal. Parte Especial 2, 9ª edição, Saraiva, p. 321).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

entre cada um dos crimes praticados.

Passo à dosimetria da pena.

Em relação ao crime de calúnia, mantenho a pena no patamar fixada na r. decisão condenatória por entendê-la proporcional, tendo em vista as desfavoráveis circunstâncias que envolveram a infração, pois a odiosa conduta do réu prejudicou sobremaneira a vida da vítima ao deixá-la em situação constrangedora perante a sociedade, com risco, inclusive, de perder o emprego, além do fato do imenso trabalho que teve para retirada de todas as mensagens ofensivas dirigidas à sua pessoa da rede mundial de computadores.

Pelas mesmas razões, deixo a pena base dos crimes de difamação e injúria respectivamente em 09 (nove) meses e 03 (três) meses de detenção.

Não há dúvida que o réu agiu motivado por ciúmes. Porém, tal circunstância não é suficiente para configurar a necessária futilidade para fazer incidir o respectivo aumento, tal como bem ponderado pelo parecer elaborado pelo Ministério Público (fls. 1230) ao qual acolho.

Como as mensagens ofensivas foram divulgadas na internet, de modo a facilitar a sua disseminação, fazia-se necessário o aumento de 1/3 (um terço) previsto no inciso III do artigo 141 do



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Código Penal.

Pela continuidade delitiva, pois o réu veiculou as mensagens ofensivas em vários sítios na internet, por 20 (vinte) vezes, o aumento de 2/3 (dois terços) é o mais adequado para cada um dos crimes.

Em relação às penas de multa, será observada a regra prevista no artigo 72 do Código Penal aplicando-as de modo cumulativo.

Apesar de o apelante ter declarado renda mensal no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), entendo que a quantidade de dias-multa que lhe foi fixado, ainda que o valor de cada um deles permaneça no mínimo de legal, é suficiente e proporcional para reprovar a infração praticada, mesmo porque a reparação de eventual dano praticado não é o objetivo primordial do direito penal, cuja incidência se faz de maneira fragmentária.

Diante da ausência de outras circunstâncias, favoráveis ou desfavoráveis, as penas ficam no patamar de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de detenção, mais o pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa no valor mínimo legal (calúnia); 01 (um) ano e 08 (oito) meses de detenção, mais o pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa no valor mínimo legal (difamação) e 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias detenção,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mais o pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa (injúria).

Fixada em definitivo as penas dos crimes contra a honra, observo que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade intercorrente, em relação ao crime de injúria.

A pena aplicada de 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias detenção tem prazo prescricional de 02 (dois) anos de acordo com o artigo 109, inciso VI do Código Penal (com redação anterior à Lei 12.234/10 considerada a data do fato), cujo lapso temporal transcorreu entre a data da publicação da r. decisão condenatória (fls. 906 – 05/06/2012) e a presente data.

Considerando o concurso material entre os crimes de difamação e calúnia, deixo a pena em 05 (cinco) anos de detenção, mais o pagamento de 1.600 (um mil e seiscentos) dias-multa no valor mínimo legal.

Em que pese a quantidade de pena imposta, aliada a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mantenho regime aberto para o início do cumprimento da pena em face da ausência de impugnação específica do querelante, observado o princípio limitativo do efeito devolutivo dos recursos consubstanciado na máxima latina do *tantum devolutum quantum appellatum*.

Afasto a substituição da pena privativa de liberdade por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

restritiva de direito em face da ausência dos requisitos legais, em especial o de natureza objetiva, já que a pena superou os 04 (quatro) anos de detenção, de acordo com o artigo 44, inciso I do Código Penal.

Como não houve prejuízo no âmbito material, restringindo-se a conduta ilícita aos aspectos morais, cuja quantificação é imprecisa, deixo de fixar o valor mínimo de indenização previsto no artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal.

Além do mais, entendo que era necessária a discussão da matéria na esfera cível, viabilizando o contraditório e a ampla defesa nesse aspecto, que não ocorreu nos presentes autos.

Pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso do querelante a fim de condenar o réu também pela prática do crime de difamação às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de detenção, mais o pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa no valor mínimo legal afastando-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e nego provimento ao apelo do réu; reconhecendo *ex officio* a prescrição da pretensão punitiva em relação aos crimes de ameaça e injúria para declarar extinta a punibilidade destes crimes com fundamento no artigo 107, inciso IV, primeira parte, do Código Penal, mantido, no mais, a r. decisão condenatória.

Após o trânsito em julgado, expeça-se o mandado de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prisão.

RACHID VAZ DE ALMEIDA

Relatora