



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
1ª Câmara Criminal

Avenida Borges de Medeiros, 1565 – Porto Alegre/RS – CEP 90110-906

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5003440-15.2018.8.21.0005/RS

TIPO DE AÇÃO: Calúnia (art. 138)

RELATOR: DESEMBARGADOR JAYME WEINGARTNER NETO

APELANTE: ESTELA RENNER CARDOSO DE ALMEIDA (AUTOR)

APELADO: ALLAN LOPES DOS SANTOS (ACUSADO)

RELATÓRIO

ESTELA RENNER CARDOSO DE ALEMIRA ofereceu queixa-crime contra ALLAN LOPES DOS SANTOS, dando-o como incurso nas sanções do artigo 138, artigo 139 e no artigo 140, todos combinados com o artigo 141, inciso III, todos do Código Penal.

Conforme a exordial, no dia 12 de setembro de 2017, no canal "Terça Livre", da plataforma *YouTube*, na *internet*, o querelado teria apresentado vídeo ofensivo à reputação da querelante. Na oportunidade, ao abordar a exposição "Queermuseu - cartografias da diferença na arte brasileira", promovida pelo Santander Cultural, o querelante, mediante palavras ofensivas, teria praticado injúria, calúnia e difamação contra a querelante.

A queixa-crime foi recebida em relação aos crimes de injúria e difamação em 15 de março de 2018, sendo rejeitada em relação à calúnia.

A querelante apresentou recurso em sentido estrito da decisão, que foi provido em julgamento realizado por esta Primeira Câmara Criminal em 28 de novembro de 2018, determinando-se o recebimento da queixa-crime também em relação ao delito de calúnia.

Sobreveio decisão em primeiro grau que absolveu sumariamente o réu dos delitos, com base no inciso III do artigo 397 do Código de Processo Penal.

A querelante opôs embargos declaratórios que foram rejeitados. Irresignada, apelou da decisão, tendo a Primeira Câmara Criminal provido o recurso para reformar a decisão e determinar prosseguimento do feito.

Em 26 de novembro de 2021, após regular trâmite processual, sobreveio sentença. O Magistrado reconheceu a prescrição da pretensão punitiva estatal em relação ao crime de injúria, bem como, no mérito, julgou improcedente a ação penal, para absolver o querelado pelos crimes de difamação e calúnia, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Inconformada, a querelante recorre. Em razões, pugna pela reforma da decisão, sustentando a presença de prova nos autos a demonstrar que o querelado cometeu os crimes de difamação e calúnia.

Foram apresentadas contrarrazões.

Nesta instância, a Procuradoria de Justiça manifestou-se, preliminarmente, pelo não reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime de difamação, rejeitando-se a prefacial suscitada pelo querelado e pela Promotoria de Justiça. Manifestou-se, ainda, pela rejeição da preliminar de nulidade suscitada pelo querelado. No mérito, opinou pelo parcial provimento do recurso, devendo o querelado ser condenado pelo crime de difamação.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
1ª Câmara Criminal

VOTO

Preliminar de prescrição do crime de difamação.

Suscitam o querelado e a Promotora de Justiça que atuou em primeiro grau o reconhecimento da prescrição do delito de difamação.

Sem razão, contudo.

Nos termos do disposto no artigo 117, § 1º, do Código Penal, *excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.*

Desta forma, o recebimento da queixa-crime por esta Colenda Primeira Câmara Criminal em 28 de novembro de 2018 em relação ao delito de calúnia, configura também marco interruptivo para o delito conexo de difamação.

Considerando a pena máxima abstratamente cominada para o crime (01 ano de detenção) e o acréscimo de 1/3 referente à majorante prevista no artigo 141, inciso III, do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em 04 anos (artigo 109, inciso V, do Código Penal), ainda não escoados desde a data do recebimento da queixa-crime.

Rejeito, portanto, a prefacial.

Preliminar de nulidade. Depoimentos escritos juntados pela querelante em memoriais.

Suscita o querelado, ainda, nulidade na juntada de depoimentos escritos pela querelante quando da apresentação de memoriais escritos.

Sem razão, adianto.

Trata-se os aludidos depoimentos escritos de meras manifestações de pessoas próximas à querelante que, em análise subjetiva, atestam que a ofendida ficou emocionalmente abalada com o vídeo postado pelo querelado. Diga-se de passagem que foram juntados porque indeferida a produção da prova testemunhal, pois o juízo *a quo* considerou os fatos incontroversos (fl. 828).

Acrescento a bem lançada ponderação do eminente Procurador de Justiça:

A juntada de tais documentos não trouxe nenhum prejuízo ao querelado. Em que pese a juntada das declarações de pessoas relatando o modo como a querelante teria se sentido, diante das afirmações feitas pelo querelado, isso não trouxe qualquer novidade ao processo e, portanto, nenhum prejuízo ao querelado. Desde o início do processo, ao ajuizamento da queixa, já ficou expressamente definida a maneira como ESTELA havia enfrentado emocionalmente as afirmações feitas por ALLAN. Aliás, foi justamente por se sentir ofendida na sua honra que ela decidiu por ajuizar queixa-crime.

Observo, ainda, que o regime da apelação sequer é imune à produção de prova no trâmite recursal, desde que garantido o contraditório, por óbvio, como se vê do artigo 616 do CPP – e o contraditório, aqui, foi exercido ainda em primeiro grau.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
1ª Câmara Criminal

Rejeito, portanto, a prefacial.

Mérito.

A existência dos fatos ofensivos à honra da querelante está consubstanciada pelos documentos anexados na queixa crime, em especial a juntada do vídeo em que teriam sido proferidas as ofensas e da ata notarial do conteúdo das imagens.

A discussão vertida dos autos está adstrita à adequação típica das condutas imputadas ao querelado, bem como do elemento subjetivo descrito na exordial. Incontroverso, como dito, ser o querelado o autor do vídeo reputado ofensivo pela querelante.

Conforme a exordial, no dia 12 de setembro de 2017, no canal "Terça Livre", da plataforma *YouTube*, na internet, o querelado teria apresentado vídeo ofensivo à reputação da querelante. Na oportunidade, ao abordar a exposição "*Queermuseu - cartografias da diferença na arte brasileira*", promovida pelo Santander Cultural, o querelante, mediante palavras ofensivas, teria praticado injúria, calúnia e difamação contra a querelante.

Em relação à **calúnia**, a imputação feita pela querelante contempla a conduta do querelado que, em vídeo postado na plataforma *YouTube*, destaca o Instituto Alana, do Itaú, como *exemplo da promiscuidade dessa gente medonha e assustadora*. Demonstra sua fala com o **apoio visual de um quadro/cartaz** (cujo foco central é o referido Instituto, ligado aos programas sociais que se dirigem a crianças, e, logo abaixo do esquema, **aparece o nome da querelante**).

Na sequência, pela metade, aparece Maria Farinha Filmes, **nominada explicitamente a querelante Estela Renner**, e mencionadas como sócias a Ana do Instituto Alana e Maria Farinha Filmes. Mais alguma digressão e *in fine*:

*“Mas, enfim, voltando. Está aqui ó: Maria Farinha Filmes, **Estela Renner**, Catraquinha. Não estou brincando. Vai lá no site do Instituto Alana e veja com seus próprios olhos: projeto do Catraca Livre para criancinha! **Esses filhos da puta que ficam querendo colocar maconha na boca dos jovens**. Puta que pariu. Catraquinha querendo ensinar isso para criancinha! Tudo isso aqui é o que está por trás do Santander Cultural, quando eles fazem zoofilia, pedofilia (...).”*

O querelado, além das afirmações já transcritas, afirma no vídeo que a querelada aufere valores para sua produtora decorrente da isenção de impostos do Instituto Alana, com o **objetivo de destruir a família e a vida das nossas criancinhas**. Não se limita o acusado, no ponto, em fazer crítica ao aludido instituto, avançando e afirmando que a querelada (cujo o nome, como referido, é apresentado em destaque no quadro) **recebe valores por meios obscuros com esta "finalidade"**. Refere, ainda, especificamente em relação à querelada, que **não seria possível "colocá-la na cadeia", diante da sua condição social**, reforçando que *“essa mulher está destruindo a vida das nossas criancinhas”*.

Reforça, ainda, o dolo do agente em ofender a honra da querelante a expressa referência pelo **querelado**, de que estava **ciente da possível ilicitude** ao referir: *“Dane-se se o YouTube vai querer arrancar esse vídeo depois, se eu vou tomar processo, dane-se! Eu tô pouco me lixando.”*. Evidenciado, portanto, que o querelado estava consciente da gravidade e ofensividade de suas palavras.

Neste cenário, apresento, brevemente, três premissas para analisar os fatos: (i) não há que falar em dolo específico no quadro geral dos crimes contra a honra; (ii) a crítica objetiva a figuras públicas é atípica, mas há o limite da crítica caluniosa; (iii) há progressividade nos delitos previstos nos artigos 140, 139 e 138 do Código Penal, quando ocorrem no mesmo contexto expressivo.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
1ª Câmara Criminal

Quanto ao tópico (i), remeto à APELAÇÃO CRIME Nº 70054174610, Terceira Câmara Criminal, j. em 07 de novembro de 2013, unânime, da qual transcrevo trechos: “embora reconheça que a doutrina e a jurisprudência brasileiras, majoritárias, exigam, para a tipicidade subjetiva dos crimes contra a honra, elemento subjetivo transcendente, para além do dolo, o **vetusto *animus diffamandi vel injuriandi*, a significar especial intenção de agir, propósito de ofender, tenho que tal solução (no fundo, uma limitação à esfera jurídico-penal da honra) é de aplicação prática quase inviável e não se sustenta dogmaticamente**. Nada há no desenho textual do tipo inscrito no art. 140, *caput*, do Código Penal, tampouco no de seu § 3º, que indique qualquer suporte para tal exigência [vale o mesmo para o art. 139; já o artigo 138, evidente, exige o elemento normativo “falsamente”]; **nenhuma razão teleológica socorre a necessidade de um tal dolo específico, inclusive porque não está em conexão com o direito fundamental de informação e a liberdade de expressão, que justificariam eventual recuo típico na tutela da honra**.

Veja-se, quanto ao aspecto pragmático, que, salvo depender-se de hipotética confissão do réu, a experiência tem mostrado alto grau de discricionariedade judicial, dependendo o aperfeiçoamento típico das vicissitudes da prova processual e enviesamento da prova testemunhal. Também por isso, as mais recentes teorias do dolo enfatizam o aspecto normativo, que traduzo realizado pelo terceiro imparcial, que traduzo com a seguinte máxima: dolo não se prova, imputa-se. Basta, então, e sigo a linha amplamente majoritária do direito português, com aportes do direito espanhol e do alemão, o dolo, a vontade livre e consciente de proferir a expressão objetivamente, no contexto fático, bem entendido, ofensiva. Assim, afirmado o dolo, o eventual *animus jocandi* ou *criticandi*, de modo algum contrapõe-se ou anula a tipicidade subjetiva já configurada – o que se poderia admitir, em sede de teoria geral do delito político-criminalmente orientada, seria cogitar dos *animi* como elemento subjetivo das possíveis causas de justificação.

Neste sentido, leciona o Professor Faria Costa, tangente ao tipo subjetivo dos ilícitos de difamação e injúria: “o crime de difamação é um crime **doloso**, o que quer dizer que só estão arredadas do seu âmbito subjetivo as condutas negligentes, sendo, por isso, suficiente a imputação baseada tão-só em dolo **eventual**. Deve-se por outro lado salientar que está hoje, perante a atual norma incriminadora, de todo em todo superada a antiga controvérsia no que tocava à exigência de um chamado *dolo específico*. E superada no sentido de que se não pode conceber uma tal exigência. Basta uma atuação dolosa, desde que, obviamente, se integre em uma qualquer das modalidades definidas no art. (...)” - COSTA, José Francisco de Faria. In *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*. Tomo I. dir. Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 612 (especificamente para a injúria, p. 632).

Tangente ao tópico (ii), transcrevo trecho da ementa de julgado que relatei, para o qual remeto no escopo de detalhamento e referências jurisprudenciais e doutrinárias:

A crítica objetiva, que implica regime de atipicidade penal, significa: (i) desimporta a pertinência, o conteúdo, o acerto da crítica; (ii) não há a priori limite para a virulência das expressões utilizadas; (iii) aplica-se especialmente à crítica dirigida contra o atuar das instâncias públicas. Já a barreira da crítica caluniosa, para além da expressão polêmica e exagerada, consiste na degradação da pessoa, o enxovalho em que não avulta em primeiro plano a discussão objetiva das questões de interesse público. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70054843966, Terceira Câmara Criminal, j. em 28/11/2013, unânime)

Finalmente, o tópico (iii) explicita-se em recente julgado deste órgão fracionário (RSE nº 5094927-73, Primeira Câmara Criminal, j. em 09/12/2021, unânime), do qual cito:

(...) 3. NÃO SE EXIGE QUE O QUERELANTE APONTE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS SUPOSTAMENTE IMPUTADOS PELOS QUERELADOS, MAS QUE O FAÇA EM RELAÇÃO AO CRIME CONTRA A HONRA, O QUE OCORREU NA PRESENTE QUEIXA-CRIME, SENDO APTA A EXORDIAL ACUSATÓRIA PARA IMPULSIONAR A AÇÃO PENAL E POSSIBILITAR A AMPLA DEFESA.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
1ª Câmara Criminal

4. NO CASO DOS AUTOS, EM RELAÇÃO AOS DELITOS DE INJÚRIA E DIFAMAÇÃO, EXSURGEM NO MESMO CONTEXTO DE AÇÃO, NÃO TENDO A QUEIXA-CRIME INDICADO DIFERENTES AFIRMAÇÕES DOS QUERELADOS QUE PUDESSEM, EM MOMENTOS, LUGARES OU MÍDIAS DIVERSAS, CARACTERIZAR OS CRIMES, AUTÔNOMOS, DE INJÚRIA, DIFAMAÇÃO E CALÚNIA. A NARRATIVA ATRIBUÍDA AOS QUERELADOS RELATA EPISÓDIO EM QUE O QUERELANTE TERIA DISCUTIDO COM OS QUERELADOS E, EMOCIONALMENTE DESCONTROLADO, AMEAÇADO E TENTADO AGREDIR OS QUERELADOS.

5. A NARRATIVA OFENSIVA À HONRA QUE O QUERELANTE IMPUTA AOS QUERELADOS É ÚNICA, EMBORA DELIMITADA POR MÚLTIPLAS PALAVRAS QUE SUPOSTAMENTE O DESQUALIFICAM, DEVENDO SER RECONHECIDO APENAS UM DOS CRIMES CONTRA A HONRA, NO CASO O MAIS GRAVE, DE CALÚNIA. NA CONCRETUDE DOS AUTOS, PRESENTE A SUBSIDIARIEDADE, DEVEM SER ABSORVIDAS, NA PROGRESSÃO PARA CRIME MAIS GRAVE, A INJÚRIA ESTAMPADA EM EXPRESSÕES COMO “TRANSTORNADO”, “EM CRISE EXISTENCIAL OU EM SURTO PSICÓTICO”, BEM COMO EVENTUAL DIFAMAÇÃO (EM VISTA DO INFORME DE UMA ESPECÍFICA ALTERCAÇÃO ENTRE VIZINHOS), TUDO CULMINANDO NO DELITO DE CALÚNIA. (...).

(...) As maiores dificuldades surgem na subsidiariedade e na consunção, pois demandam relações “exclusivamente valorativas”. Quanto à primeira, cito: “A relação de subsidiariedade se verifica entre duas normas penais incriminadoras que punem fases distintas de ofensa a um mesmo bem jurídico [honra]. Assim, a norma subsidiária é aquela que se volta contra um estágio preliminar da ofensa [injúria], enquanto a norma principal tem por pressuposto fático uma fase posterior de ataque, que representa uma ofensa mais grave [calúnia]”. Os crimes entre colchetes, que este relator inseriu, já antecipam a solução que encontro para o caso dos autos, incontroverso que lidamos com o mesmo contexto fático. E me parece o melhor critério porque, como adiante fica mais claro com a análise dos fatos imputados na queixa-crime, há, aqui, uma compreensão plena, pela norma principal (calúnia) do injusto punível segundo a norma subsidiária (injúria). Aliás, “a relação de subsidiariedade, que já se esboça abstratamente, pela disposição funcional das normas envolvidas, só se confirma no caso concreto, quando a realização do pressuposto fático da norma principal tiver representado a **evolução e o exaurimento de toda a ofensividade do fato punível** segundo as demais, subsidiárias” – negritei. Como se vê, tal definição abarca a progressão criminosa/crime progressivo, quando a atividade criminosa movimenta-se de uma forma menos grave no rumo de outra mais grave do crime (contra a honra).¹

Não seria, por outro lado, desarrazoado reconhecer uma relação de consunção, diante da estreita conexão entre os tipos (naturalmente, quem calunia alguém também está, materialmente, produzindo uma injúria, ao menos no amplo sentido que se pode derivar da vagueza semântica do artigo 140 do Código Penal, pois a dignidade/decoro do ofendido também é atingida) – há jurisprudência neste sentido. Mas nem sempre, nos casos concretos, a calúnia é precedida de (ou circundada por) expressões injuriosas. Ademais, a “relação de consunção se diferencia da relação de subsidiariedade porque não se estabelece necessariamente entre duas normas protetivas do mesmo bem jurídico, e não necessariamente se resolve em favor da última norma infringida”.² Por isso, prefiro, como **melhor fundamento para o caso concreto, a subsidiariedade/progressão**. (...).

(...). Na lição sempre atual de FRAGOSO, com a ressalva de que seu entendimento enquadra a interpretação valorativa a realizar-se como hipótese de consunção1:

Há consunção no crime progressivo. Diz-se crime progressivo quando o agente passa, num mesmo contexto de ação, de crime menos grave para crime mais grave, na violação do mesmo bem jurídico. Assim, se o agente espanca e fere a vítima e depois mata, existe apenas homicídio, pois a lesão corporal é consumida. O mesmo ocorre, como observa Soler, II, 182, nos crimes contra a honra. Se o agente injuria, depois difama e calunia, o único crime é de calúnia, que consome os menos graves.³ (...)

(...) Há precedente da Turma Recursal Criminal, que reconheceu o princípio da consunção e absorveu a injúria pela difamação. Extraio da ementa: Cabível a aplicação do princípio da consunção já que, no caso em tela, por meio de uma matéria jornalística, decorreram dois delitos contra honra em um mesmo contexto fático.⁴ E, ainda mais longínquo, desta Corte: ABSORÇÃO DA INJÚRIA - EM DELITOS CONTRA A HONRA, ADMITIDA A FIGURA DA DIFAMAÇÃO, NÃO SE PODE ADMITIR



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
1ª Câmara Criminal

*CUMULATIVAMENTE A OCORRÊNCIA DE INJÚRIA, LEVANDO-SE EM CONTA O MESMO FATO, JÁ QUE, SENDO A DIFAMAÇÃO CRIME MAIS GRAVE QUE A INJÚRIA, ESTA É ABSORVIDA POR AQUELA.*⁵ (...).

Pois bem. A rigor, se bem leio a sentença indigitada, o juízo *a quo* fundamentou a improcedência do crime de calúnia na consideração que a expressão “ficam querendo colocar maconha na boca dos jovens”, em duas linhas (no sexto § da fl. 4):

“trata-se de dizer claramente retórico e não imputa um fato certo e determinado de fornecer drogas a qualquer pessoa”.

Duplo equívoco, com a devida vênia. O primeiro, mais evidente, é **hermenêutico**: ao circunscrever-se ao trecho citado, isolado, apartado, desconsiderou o **horizonte de contextualização**. O segundo, é **técnico-formal**: o crime falsamente imputado não é o de tráfico de drogas na figura do *caput* do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 [Art. 33. *Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*] e sim o descrito logo adiante, no § 2º do artigo 33 da Lei de Drogas [§ 2º **Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga**] – crimes diversos, com penas diferentes e desenho típico próprio.

Isso constou expressamente do Recurso em Sentido Estrito que recebeu a queixa-crime pelo crime de calúnia:

*No ponto objeto do recurso, sustenta a querelante que foi caluniada, quando Allan afirmou: “Maria Farinha Filmes, Estela Renner **ficam querendo colocar maconha na boca dos jovens**”. Assim, se a querelante e sua produtora, segundo a exordial, estão destruindo a vida das nossas criancinhas e se ela merece ir para cadeia, é porque cometeu crime. E qual o crime que lhe foi imputado? “Colocar maconha na boca dos jovens, querendo ensinar isso para criancinha”. Tal narrativa se enquadraria na hipótese do § 2º do artigo 33 da Lei 11.343/2006: **Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga**.*

Prosseguindo, também não procede a repetição, sem análise concreta do todo linguístico, do slogan de que a imputação caluniosa deve ser de fato certo, “determinado, individualizado e temporalmente identificado” (quinto § da fl. 4 da sentença). Já disse, no mesmo Recurso em Sentido Estrito, que a acusação há de ser certa – refiro-me ao objeto do presente processo, o fato delituoso descrito na queixa-crime – e que, fosse incerta, violaria o devido processo legal e a ampla defesa.

Todavia, **isso não se confunde com uma calúnia implícita**, vertida, por exemplo, sob a forma de suspeita, da aleivosia, a implicação malévola de que alguém, talvez, tenha praticado fato criminoso. O fato delituoso objeto da queixa-crime por calúnia depende, precisamente, da forma linguística escolhida pelo autor/querelado para ofender a honra de alguém, comunicando, geométrica ou tortuosamente, a prática, pelo querelante, de fato definido como crime. Comunicação que se dá, também, por **insinuação**.

A proposição ofensiva da honra pode dar-se **mesmo sob a forma de suspeita** [o que é explícito no Código Penal Português – Artigo 180º (Difamação), 1. Quem, dirigindo-se a terceiro, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, uma facta, ou formular sobre ela um juízo, ofensivos da sua honra ou consideração (...) – mesmo com disposição literal diversa no direito penal pátrio, **não vejo óbice hermenêutico para concluir que se calunia, no Brasil como no resto do mundo, também pela imputação de suspeita de cometimento de fato definido como crime**. No sentido de que a imputação caluniosa pode ser equívoca ou implícita, vide MIRABETE, Julio Frabrini. *Manual de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1985.). Tal proposição, segundo Faria Costa, não é um



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
1ª Câmara Criminal

verdadeiro e próprio elemento do tipo, mas antes um alargamento modal à imputação de fatos desonrosos, que se pode dar “mesmo sob a forma de suspeita” (artigo 180º, 1º, Código Penal Português), que aliás equipara “imputar a outra pessoa” um fato ou “formular sobre elas um juízo”. Seja como for, “a imputação de factos ou a formulação de juízos desonrosos podem ser inequívocas, não apresentarem a mínima dúvida, ou podem estar recobertos pelo manto perverso e acutilante da suspeita.” (COSTA, José Francisco de Faria. In Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo I. dir. Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 611.

Em síntese, a conduta típica do artigo 138 do Código Penal consiste em atribuir a alguém fato definido como crime. A imputação tem de ser uma “situação concreta, contendo autor, objeto e suas circunstâncias” [**autora, a querelante; objeto, induz/instiga os jovens ao uso indevido de droga; circunstâncias, por meio da sua atuação profissional e associada a outras instituições**].

Por outro lado, se a imputação feita pelo querelado no mundo da vida for enviesada e nebulosa – **situação específica dos autos** –, as circunstâncias descritas na denúncia ou na queixa-crime, por espelhamento, darão conta de narrativa enviesada, insidiosa, nebulosa. Mas, **constantes e verazes tais circunstâncias** (no caso, a par da mídia digital, há ata notarial, fls. 22 a 24), nem se viola o princípio da acusação explícita, menos ainda a garantia do devido processo legal. E há tipicidade na conduta. No RSE citei um clássico do direito penal pátrio, Nelson Hungria, que distingue, acurada e longamente, “determinação” (aqui presente, pois perfeitamente possível identificar o acontecer, substrato do mundo da vida sobre o qual recai o juízo de tipicidade) de “descrição pormenorizada” – do contrário, seria refúgio fácil aos que fazem tábula rasa da honra alheia interpolar um “na minha opinião”, “parece que”, “dizem”, “pensaram nisso?”...

Elenco cinco tópicos para iluminar a análise:

(a) Faria Costa, com olhos na opção legislativa do Código Penal Português, identifica a consideração de que “os actos ofensivos da honra de outrem ganham uma maior densidade – constituindo-se assim em matriz – se praticados de jeito enviesado, se praticados de forma indirecta ou mediata.”⁶;

(b) é preciso distinguir fatos de juízos, cientes que “os adensamentos problemáticos que a vida sempre arrasta e a que a hermenêutica, jurídico-penalmente empenhada, dá voz, fazem com que os níveis de nitidez definitiva se esfumem e se criem zonas cinzentas onde as margens daquelas duas realidades se confundem.”⁷. Na “penumbra conceitual”, a resposta muitas vezes “depende da óptica que se empregar na apreensão da realidade.”⁸.

(c) tangente ao tipo subjetivo dos ilícitos de difamação e injúria: “o crime de difamação é um crime **doloso**, o que quer dizer que só estão arredadas do seu âmbito subjetivo as condutas negligentes, sendo, por isso, suficiente a imputação baseada tão-só em dolo **eventual**. Deve-se por outro lado salientar que está hoje, perante a atual norma incriminadora, de todo em todo superada a antiga controvérsia no que tocava à exigência de um chamado *dolo específico*. E superada no sentido de que se não pode conceber uma tal exigência. Basta uma atuação dolosa, desde que, obviamente, se integre em

9

uma qualquer das modalidades definidas no art. (...)”.

(d) decisivo é o horizonte de contextualização: “Consideramos que o significado das palavras, para mais quando nos movemos no mundo da razão prática, tem um valor de uso. Valor que se aprecia, justamente, no contexto situacional, e que ao deixar intocado o significante ganha ou adquire intencionalidades bem diversas, no momento em que apreciamos o significado. Todavia, defender-se a



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
1ª Câmara Criminal

posição doutrinária que se acha que se acaba de enunciar, não quer significar, nem por sombras, que não há palavras cujo sentido primeiro e último seja tido, por toda a comunidade falante, como ofensivo da honra e consideração.”¹⁰

(e) a calúnia é a “forma *mais perversa* dos crimes contra a honra, porquanto está nela vazada a actuação torpe daquele que, sabendo da falsidade, menos assim avança com a imputação dos factos. Podem-se imputar dolosamente factos que se julgam verdadeiros e este acto é, como se não desconhece, penalmente proibido, desde que ofenda a honra de outra pessoa. Tem gravidade. Mas, indesmentivelmente, mais gravidade há quando se opera essa mesma imputação com a consciência de que se está a assacar a um terceiro conjunto de factos falsos. É a assunção da lógica, mais que se estriba no *slogan*, infelizmente tão conhecido: ‘menti, menti, que alguma coisa há-de ficar’.”¹¹

(f) a falsidade é vista como “desadequação ou **desvio essencial ao real**. Mas não a um real ontológico – ou sequer ôntico –, antes a um real intersubjetivo que se realiza em uma partilhada verdade comunicacional que uma determinada comunidade – ou alguns dos seus membros que na circunstância formam a tercia comunicacional relevante – assume como verdadeiro. (...) De sorte que a intersubjectiva verdade partilhada deve ser o primeiro cânone interpretativo para a determinação da verdade ou falsidade no âmbito da razão prática, mas em caso algum, pode ser o único.”¹²

Pois bem, com tais premissas, o que se passou?

Repito: no início da performance, o querelado destaca o Instituto Alana, do Itaú, como exemplo da promiscuidade dessa gente medonha e assustadora. Demonstra sua fala com o apoio visual de um quadro/cartaz (foto de fl. 11, cujo foco central é o referido Instituto, ligado aos programas sociais que se dirigem a crianças, e logo abaixo do esquema aparece o nome da querelante). Na sequência, à fl. 23, pela metade, aparece Maria Farinha Filmes, nominada explicitamente a querelante Estela Renner, e mencionadas como sócias a Ana do Instituto Alana e Maria Farinha Filmes. Mais alguma digressão e, fl. 23, *in fine*: “Mas, enfim, voltando. Está aqui ó: Maria Farinna Filmes, Estela Renner, Catraquinha. Não estou brincando. Vai lá no site do Instituto Alana e veja com seus próprios olhos: projeto do *Catraca Livre para criançinha! Esses filhos da puta que ficam querendo colocar maconha na boca dos jovens. Puta que pariu. Catraquinha querendo ensinar isso para criançinha! Tudo isso aqui é o que está por trás do Santander Cultural, quando eles fazem zoofilia, pedofilia (...)*” (avança duas linhas à fl. 23v).

Neste contexto, belicoso, rude, grosseiro, pontuado por palavras de calão, em si injuriosas, dizeres embaralhados, tenho que o querelado insinua, ao menos, que **a querelante, na parceria com o Instituto Alana, em projetos culturais voltados à infância, estaria induzindo ou instigando [o público alvo] ao uso indevido de droga**. No substrato fático recortado e no seu horizonte de contextualização, a expressão “colocar maconha na boca dos jovens” assume o **significado de agir de modo a estimular o uso indevido de droga**. Descarto outras interpretações defensivas, como mera hipérbole ou opinião coberta pela liberdade de expressão em meio a uma espécie de cruzada pós-pré-moderna, se compreendi o argumento da “Revolução Cultural”. Considero que as palavras do querelado no vídeo confluem para caracterizar o injusto, ao referir a “*promiscuidade, de gente medonha, assustadora e imunda*”, “*filhos da puta*”, “*que fazem zoofilia e pedofilia*”.

Reitero o que consignei acima. O querelado, além das afirmações já transcritas, afirma no vídeo que a querelada aufere valores para sua produtora decorrente da isenção de impostos do Instituto Alana, com o **objetivo de destruir a família e a vida das nossas criançinhas**. Não se limita o acusado, no ponto, em fazer crítica ao aludido instituto, avançando e afirmando que a querelada (cujo o nome, como referido, é apresentado em destaque no quadro) **recebe valores por meios obscuros com esta finalidade**. Refere, ainda, especificamente em relação à querelada, que **não seria possível “colocá-la na cadeia”, diante da sua condição social**, reforçando que “*essa mulher está destruindo a vida das*



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
1ª Câmara Criminal

nossas criancinhas”. Reforça, ainda, o dolo do agente em ofender a honra da querelante a expressa referência, pelo **querelado**, de que estava **ciente da possível ilicitude** ao referir: “*Dane-se se o YouTube vai querer arrancar esse vídeo depois, se eu vou tomar processo, dane-se! Eu tô pouco me lixando.*”. Evidenciado, portanto, que o querelado estava consciente da gravidade e ofensividade de suas palavras.

Comungo, ainda, da análise textual realizada nas razões de apelação pelos patronos da querelante (quadro comparativo de fls. 981v e 982), cotejando cada trecho ofensivo com a manifestação respectiva do querelado no interrogatório, que agrego às razões de decidir.

Resplandece, neste horizonte de contextualização e diante da trama linguística e das expressões concretas, a prática da calúnia. Tenho, por outro lado, e como em parte antecipei, que a difamação, também palpável, fica absorvida, na progressão, pelo crime, mais grave, previsto no artigo 138 do Código Penal.

Neste cenário, considerando também o grande alcance do vídeo postado pelo querelado (que parece desdenhar de não ter chegado a cem mil visualizações), não vejo como escapar da conclusão de que foi atribuído fato ofensivo à reputação da querelada, prejudicando claramente sua reputação.

Dialogo, ao cabo, com o Ministério Público de primeiro grau e o magistrado, que aliás mencionou a referência da Promotora de Justiça, *custos legis*, sobre o pluralismo político. No seu parecer, observa “mera discussão”, concede que houve “severas e duras críticas”, com foco sobretudo no tema “ideologia de gênero”. Preciso dizer que não encontrei, no delito contra a honra que acabo de analisar, sequer alusão à ideologia de gênero. Não configura “arbitrio e tirania”, no bojo do devido processo legal, responsabilização *a posteriori* (o que afasta o *topos* da censura), mediante contraditório e ampla defesa e verificação da acusação por juiz natural e imparcial.

No plano das generalidades, sobre democracia e pluralismo político, altares em que tenho certeza todos comungamos, deve-se agregar a quase platitudo (mas firmada pelo STF) de que a liberdade de expressão não é absoluta. O “salutar embate de ideias”, a levar a sério a Constituição, passa ao largo de calúnias e difamações. E nada disso, na minha mundivisão, modifica-se diante de uma propalada disposição das multidões de se fazerem ouvir; menos ainda, importam os polos opostos do “campo ideológico”. Pese lugar comum, vale lembrar da função contramajoritária da Poder Judiciário na afirmação de direitos fundamentais, que carecem de harmonização e concordância prática.

Em meados de julho, o ensaísta Francisco Bosco publicou artigo de opinião na Folha de São Paulo. Destaco só dois pontos, que merecem reflexão: “O que vigora é, sobretudo, a afirmação de um princípio de liberdade que se apresenta como recusa a qualquer limitação de gozo e poder. A violência é sempre uma consequência provável. No limite, portanto, é o preço que estamos pagando por instituições que falharam em tratar nossos conflitos sociais. (...) Pensar, entretanto, é um ato antinarcísico: exige a sustentação de uma abertura cognitiva para o abandono de ideias e a assimilação de outras. Disso depende o bom funcionamento do debate público. Sua função é transformar as posições. Do contrário, não temos debate, mas grupos entrincheirados, de saída, inflexíveis, caricaturando a realidade em prol de ideologias. O outro é um adversário fixo a ser derrotado. A violência fermenta aí também.”

No caso em apreço, se há debate ideológico, mal consegui entrever, impressionado que fiquei diante da violência simbólica pela qual se aniquilou o outro. Esta liberdade narcísica, nos termos em que fundamentei, encontra limites institucionais – a honra é um deles, constitucional, e se relaciona com a dignidade das pessoas. Mas é apenas minha opinião, que ambiciono seja civilizatória nesta quadra, assolada pelas “guerras culturais” e tantas outras que se travam.

Desto forma, condeno o réu como incurso nas sanções do artigo 138 do Código Penal.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
1ª Câmara Criminal

Passo a dosar a pena.

Na primeira fase, a culpabilidade, entendida como grau de reprovação da conduta, é negativa; e merece intensa censura. O querelado, mais que consciente da ilicitude, desafia debochadamente da ordem jurídica, manda o próprio YouTube, onde divulgava seu canal, se danar e refere “Eu tô pouco me lixando” se “tomar processo”, em solar menoscabo ao Poder Judiciário. Além disso, as expressões difamatórias absorvidas não deixam de existir, mas se somam na maior reprovação da conduta, que também se reveste de palavras injuriosas, pelo que aumento a pena em ½ (ultrapassando, pelos motivos externados, o parâmetro de 1/6 preconizado pela jurisprudência do STJ).

Motivos também reprováveis, pois denota-se o móvel de causar escândalo, de alcançar notoriedade às custas das pessoas ofendidas. A exasperação, por esta vetorial, deve ser de 1/6.

As circunstâncias são desfavoráveis. Noto que, depois do vídeo em tela, reproduziu as aleivosias no *Facebook*, sempre em busca de maior repercussão (em 16/9/2017, às 10h 32min, citando expressamente Maria Farinha Filmes e Estela Renner, associada [erradamente] com as Lojas Renner – ligação da Loja com a querelada que já fizera no vídeo da #TerçaLivre –, que promoveria “roupas sem gênero], aqui sim referência à ideologia de gênero e à polêmica do aborto - evento 3, PROCJUDIC2 - fls. 16/18). E recomendava que as replicassem. Por esta razão, aumento a pena-base em mais 1/6. Observo que o legislador enunciou forte juízo de reprovação à situação dos autos (inaplicável aqui em face da irretroatividade penal da *lex gravior*), ao agregar ao artigo 141 do Código Penal causa especial de aumento de pena: § 2º Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena. **(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)** - no caso, aplicar-se-á, por óbvio, o inciso III do artigo 141 do CP.

O querelado, conforme consulta aos sistemas informatizados desta Corte, não ostenta antecedentes.

Ausentes elementos nos autos que autorizem a consideração negativa da conduta social e da personalidade do querelado. No ponto, resalto que eventuais indicações de participações posteriores do querelado em outros crimes não são suficientes para valoração negativa destas vetoriais.

Consequências do delito negativas, demonstrado que a querelada, a par de considerável prejuízo profissional, dado o público alvo e as imputações que atacavam a forma de financiar suas atividades, angariou uma série de “haters”, que passaram a perturbar, seriamente, sua paz de espírito (declaração de Fernanda Thompson, 03/9/2021, referindo o “enorme bombardeio de ‘haters’, pessoas com discurso do ódio”, depois do lançamento de documentário da querelante, percebendo a ligação dos ataques ao vídeo do querelado “#Terçalivre – O que ninguém te contou sobre o Santander Cultural” - evento 3, PROCJUDIC21 - fl. 12). O acréscimo, por esta circunstância judicial, deve ocorrer no patamar de 1/6.

O comportamento da vítima, ademais, não influenciou na prática delitiva.

A análise das vetoriais do artigo 59 do Código Penal, portanto, enseja o reconhecimento de quatro vetoriais negativas (culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime), razão pela qual fixo a pena-base, aplicadas as frações indicadas e todas incidindo sobre a pena mínima, no patamar de 01 ano, 02 meses e 08 dias de detenção.

Ausentes agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, tendo o querelado propagado o vídeo ofensivo através da rede mundial de computadores (*internet*), adequado o reconhecimento da majorante prevista no artigo 141, inciso III, do Código Penal, uma vez que utilizou meio que facilitou a divulgação da calúnia. Reitero que, se hoje



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
1ª Câmara Criminal

praticado o mesmo fato, a pena seria triplicada e não apenas acrescida da fração de 1/3.

Exaspero, portanto, a pena em 1/3, resultando no montante de 01 ano, 07 meses e 01 dia de detenção, a qual torno definitiva, na ausência de outras causas moduladoras.

O regime de cumprimento da pena deve ser o aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Nos termos do artigo 77, inciso II, do Código Penal, a culpabilidade, os motivos e as circunstâncias do crime, considerados negativos, não autorizam a concessão da suspensão condicional da pena.

E o auto grau de reprovabilidade da conduta, diante da intenso o juízo de sensura (culpabilidade), inviabiliza a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, na forma do artigo 44, inciso III, do Código Penal.

Pelo exposto, voto por prover parcialmente o recurso para condenar o réu como incurso nas sanções do artigo 138, combinado com o artigo 141, inciso III, ambos do Código Penal, imposta a pena de 01 ano, 07 meses e 01 dia de detenção, em regime inicial aberto.

Documento assinado eletronicamente por **JAYME WEINGARTNER NETO**, em 27/7/2022, às 17:53:0, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc2g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **20002480551v15** e o código CRC **974a408c**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JAYME WEINGARTNER NETO

Data e Hora: 27/7/2022, às 17:53:0

-
1. "Só haverá subsidiariedade quando o crime antecedente for uma etapa anterior, distinta e não necessariamente vinculada ao crime progressivo. Pois quando a execução de um for absolutamente indissociável da execução do outro, quando a prática do crime progressivo importar necessariamente na prática do crime antecedente pelo mesmo autor, o que haverá entre eles será relação de especialidade, tal como a que existe entre os crimes complexos e seus elementos constitutivos". HORTA, Frederico. "Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no Direito Penal Brasileiro Contemporâneo", in Direito penal e processual contemporâneos. coordenação Eugênio Pacelli, Nefi Cordeiro, Sebastião dos Reis Júnior. São Paulo: Atlas, 2019, p. 60.
 2. Horta (op. cit., p. 64) defende que a diversidade de bens jurídicos "é uma propriedade distintiva da consunção em relação às demais regras de concurso de leis". São distintos, nos exemplos que fornece o autor, os bens protegidos pelas incriminações do falso (fê pública) e do estelionato (patrimônio); da lesão corporal leve (integridade física) e do estupro (dignidade sexual); da invasão de domicílio (liberdade individual) e do furto qualificado pelo emprego de chave falsa ou mediante escalada (patrimônio).
 3. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 376. O autor, no final do item (já na p. 377), refere que os crimes de perigo são consumidos pelos crimes de dano ao mesmo bem jurídico, e consigna, a registrar a oscilação doutrinária: "Também se poderia invocar aqui a subsidiariedade"
 4. Recurso Crime, Nº 71004391298, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Madgeli Frantz Machado, Julgado em: 16-09-2013. E, do voto da eminente Relatora: "a partir da leitura do artigo objeto da presente queixa-crime, nota-se que a conduta do agente é única, já que em uma mesma coluna do jornal "O Estado Gaúcho", ele apresenta uma série de ofensas contra o querelante sendo impositivo, portanto, o reconhecimento da absorção do delito de injúria (menos gravoso) pelo crime de difamação".
 5. Apelação Crime Nº 70007186315, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 24/03/2004.
 6. COSTA, José Francisco de Faria. In Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo I. dir. Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 608.
 7. COSTA, p. 609
 8. COSTA, p. 610.
 9. COSTA, p. 612. Especificamente para a injúria, p. 632.
 10. COSTA, p. 630.
 11. COSTA, p. 642.
 12. COSTA, p. 644.

5003440-15.2018.8.21.0005

20002480551.V15